Die Abtretung dinglicher Ansprüche

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt durch
ERWIN GLEIM
Referendar in München

München 1934

Buchdruckerei August Küspert, München, Theresienstraße 7, Telefon: 26205

Die Abtretung dinglicher Ansprüche

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt durch
ERWIN GLEIM
Referendar in München

München 1934

Buchdruckerei August Küspert, München, Theresienstraße 7, Telefon: 26205

Referent: Prof. Dr. Pringsheim

Gewidmet meinen
Eltern.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Dernburg: System des römischen Rechts (Pandekten), 8. Aufl., Berlin 1912.

Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867.

Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, 2. Bd., 9. Aufl., Frankfurt 1906.

Kohler: Deutsches Patentrecht, Mannheim und Straßburg 1878.

Baehr: Zur Zessionslehre, Dogmat. Jahrb. 1 S. 351 ff.

Jhering: Die Uebertragung der rei vindicatio auf den Nichteigentümer, Dogm. Jahrb. 1, S. 101 ff.

Stampe: Zur Lehre von der Abtretung der Vindication, Arch. civ. Pr. 80 S. 305 ff.

Philipp: Inwieweit unterscheidet sich die Zession dinglicher Ansprüche von derjenigen persönlicher Ansprüche? Dissertation, Erlangen 1899.

Bürgerliches Recht.

J. v. Staudingers: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 9. Aufl.

Riezler-Löwenfeld: Allgemeiner Teil, München-Berlin-Leipzig 1925.

Werner: Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Lehren, München-Berlin-Leipzig 1930.

Kober: Sachenrecht, München-Berlin-Leipzig 1926.

Planck's: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl.

Planck-Knocke: Allgemeiner Teil, Berlin 1913.

Siber: Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Lehren, Berlin 1914.

Strecker-Brodmann: Sachenrecht, Berlin-Leipzig 1920.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., Tübingen 1927.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, 7. Aufl.

Allgem. Teil und Schuldverhältnisse, Berlin-Leipzig 1929.

Sachenrecht, Berlin-Leipzig 1929.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Allgem. Teil, 3. Aufl., Berlin 1927. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., 5. Aufl., Berlin 1928.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.

Biermann: Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Rosenberg: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, München 1919.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. Bd., Paderborn 1906.

Fuchs-Arnheim: Kommentar zur Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1913.

Güthe-Triebel: Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 1. Bd., 5. Aufl., Berlin 1929.

Meikel-Imhof: Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. 3. 1897, 3. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1932.

Oberneck: Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., Berlin 1909.

Predari: Die Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897, 2. Auflage, Berlin 1913.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Auflage., Tübingen 1928.

Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Auflage, München 1932.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1910.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz, 1. Bd., 6. 7. Aufl., Berlin-Leipzig 1931.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 3. Bd. Tübingen 1905.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 7. 8. Aufl., Jena 1924.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. 9. Aufl., 1. Bd., Berlin 1903, 2. Bd., Berlin 1905.

(Enneccerus)-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, 13. Bearbeitung.

(Enneccerus)-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl., Marburg 1932.

Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 9. Bearbeitung, Marburg 1932.

O. v. Gierke: Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Leipzig 1905, 3. Bd., München-Leipzig 1917.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
Heck: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß-Rechts, Leipzig 1903.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München-Leipzig 1929.
Pollack: Perspektive und Symbol in Philosophie und Rechtswissenschaft, Berlin-Leipzig 1912.
Siebert: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933.
Walsmann: Der Verzicht, Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht, Leipzig 1912.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Reich, 2. 3. Bd., Amtl. Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs für das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. u. 3. Bd., Berlin 1897 und 1899.
Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berl. 1890.
Du Chesne: Die Uebertragung des Berichtigungsanspruchs, Zentralblatt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. 13, S. 141 ff.
Ermisch: Entsteht aus § 255 BGB. Eigentum des Ersatzpflichtigen oder hat er ein Recht auf Eigentumsübertragung? Göttinger Dissertation 1928.
Goldmann: Die Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruches, Gruchots Beiträge, Bd. 62, S. 478 ff.
Grünebaum: Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen, Dtsche Jur.Ztg. 05, Sp. 801 ff.
Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Arch. civ. Pr. 112, S. 1 ff.
H. Hellwig: Die Ermächtigung zur Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen, Gruch. Beitr. Bd. 55, S. 607 ff.
Hoffmann: Die Pfändung der latenten Eigentümerhypothek. Widerspruch und Vormerkung zur Sicherung der Pfändung. Zentr.-Blatt d. Freiwill. Gerichtsbarkeit, Bd. 2, S. 637 ff.
Kretzschmar: Die unrichtige Buchung von Grundstücken, Recht 03, S. 327 ff.
Last: Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio, Grünhuts Zeitschr. Bd. 36, S. 433.

Löbl: Die Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, Arch. civ. Pr. Bd. 129, S. 257 ff.

Mayer: Die Pfändung von Eigentümer-Hypotheken, Gruchots Beiträge, Bd. 56, S. 265 ff., 521 ff.

Mende: Zur Frage der Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruches, Dogm. Jahrb. Bd. 70, S. 151 ff.

Oertmann: Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruches, Arch. civ. Pr. Bd. 113, S. 51 ff.

Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Dogm. Jahrb., Bd. 71, S. 97 ff.

Scherk: Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, Dogm. Jahrb. Bd. 67, S. 301 ff.

Schopper: Beitrag zur Lehre von der Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruches, Recht 08, S. 76.

Sohm: Der Gegenstand, in 3 Beiträge zum Bürgerlichen Recht, Leipzig 1905.

Stintzing: Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs, Recht 05, S. 72 ff.

v. Tuhr: Unwiderrufliche Vollmacht, in der Straßburger Festschrift für Laband, S. 83 ff, Tübingen 1908.

v. Tuhr: Verfügung über künftige Forderungen, Dt. Jur.-Ztg. 1904, S. 426 ff.

Volmer: Die Frage der Eintragungsfähigkeit der Pfändung und Ueberweisung des Berichtigungsanspruchs, Gruch. Beitr., Bd. 59, S. 624 ff.

Weiskopf: Der Begriff der Rechtsnachfolge in der Zivilprozeßordnung, Würzburger Abhandlungen zum Deutschen und Ausländischen Prozeßrecht, Heft 7, S. 36.

§ 1.

Die wichtigsten dinglichen Ansprüche, deren Abtretung seit jeher Schwierigkeiten bereitet, sind der dingliche Herausgabeanspruch und der Grundbuchberichtigungsanspruch. Eine eingehendere Betrachtung der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs wird uns Gelegenheit geben, die Schwierigkeiten, welche die Abtretung dinglicher Ansprüche zu einer so bekannten Streitfrage gemacht haben, näher zu untersuchen.

Die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs ist bis jetzt fast ausschließlich mit Beschränkung auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers behandelt worden. Diese Beschränkung findet ihre Berechtigung darin, daß der Eigentümerherausgabeanspruch im Rechtsverkehr der weitaus wichtigste Fall des dinglichen Herausgabeanspruchs ist.

Daher wird uns auch hier zunächst folgende Frage beschäftigen: „Gibt es nach geltendem deutschem Reichsrecht eine selbständige, nicht mit Eigentumsübertragung verbundene Abtretung des Eigentümer-Herausgabeanspruchs?“[1])

Die selbständige Abtretung ist es, die immer wieder Zweifeln begegnet, Zweifeln, die trotz häufiger Bearbeitung dieses Themas nicht beseitigt werden konnten. Daß der Frage heute größere praktische Bedeutung nicht mehr beigemessen werden kann, zeigt der Mangel an Entscheidungen der oberen Gerichte.

Immerhin ist sie noch von Wichtigkeit für die Pfändbarkeit des Eigentümer-Herausgabeanspruchs, da die Prozeßordnung die Pfändbarkeit eines Anspruchs von der Abtretung abhängig gemacht hat, vgl. § 851 ZPO.[2])

Die Abtretung des Eigentumsanspruchs, der rei vindicatio, ist bereits zur Zeit des Gemeinen Rechts Gegenstand eingehender Erörterungen gewesen. Ueber den Standpunkt der gemeinrechtlichen Rechtslehre und Rechtssprechung gibt uns Stampe ein genaues Bild.[3])

Der Streit ging damals weniger darum, ob eine Abtretung der Vindication zulässig sei — die Abtretbarkeit war mit wenigen Ausnahmen anerkannt —, als vielmehr darum, welche Wirkun-

[1]) Oertmann, Arch. civ. Pr. 113, S. 52.
[2]) Heck, Sachenrecht, S. 493.
[3]) Stampe, Arch. civ. Pr. 80, S. 305 ff.

gen die Abtretung äußere. Aus der Vielzahl der damals aufgestellten Theorien sind heute nur noch die Theorie Windscheids auf der einen und Jherings auf der anderen Seite von Interesse.

Windscheid wandte auf die Abtretung der rei vindicatio die Vorschriften über die Abtretung obligatorischer Ansprüche analog an. Gleichzeitig betonte er, daß mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs das dingliche Recht nicht übertragen werde, daß vielmehr auch der abgetretene Anspruch vom Bestehen des dinglichen Rechts dauernd abhängig sei.[4])

Bei Jhering erhält der Zessionar zwar das Recht, den Anspruch des Eigentümers im eigenen Namen geltend zu machen, aber neben ihm bleibt der Eigentümer befugt, selbst die Herausgabe seiner Sache zu verlangen. Der Eigentümer entäußert sich also nicht seines Anspruchs, man würde daher heute das, was Jhering dem Zessionar gibt, eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs nennen.[5])

Jhering hat in diesem Punkt seiner Auffassung wenig Anhänger gefunden; im Allgemeinen bestand das Streben, die Rechte des Zessionars tunlichst auszuweiten. Maßgebend hierfür war, bewußt oder unbewußt, das praktische Bedürfnis, dem Eigentümer, der sich nicht im Besitz seiner Sache befand und daher wegen des im Gemeinen Recht geltenden Traditionsprinzips seine Sache nicht übereignen konnte,[6]) ein der Uebereignung möglichst gleichkommendes Ersatzmittel an die Hand zu geben.[7])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dieses Bedürfnis durch § 931 befriedigt. Damit hat es scheinbar gleichzeitig gewisse Hemmungen, die auf praktische Rücksichten zurückzuführen waren, beseitigt. Eine Reihe von Schriftstellern trat hervor, welche die Möglichkeit einer Abtretung des Eigentümeranspruchs vor allem aus begrifflichen Gründen leugneten.[8])

Eine Bestimmung, die ausdrücklich die Abtretung dinglicher Ansprüche regelt, enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Doch lassen die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch erkennen, welchen Standpunkt die Verfasser des Gesetzes zu dieser Frage einnahmen.

Der Vorentwurf zum Sachenrecht von Johow bestimmte im § 204, daß durch die Abtretung des Eigentümerherausgabeanspruchs ein gegen Dritte wirksames Recht auf Erlangung der Sache nicht begründet werde. Die Abtretung gelte nur als Bevollmächtigung zur Geltendmachung des Anspruches. Diese Vorschrift fand in dem amtlichen ersten Entwurf keine Aufnahme; über die gegenteilige Stellungnahme des ersten Entwurfs beleh-

[4]) Kipp-Windscheid, Pandekten § 337, 2. Bd., S. 395.
[5]) Jhering, Dogm. Jahrb. 1, S. 109. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 193.
[6]) Dernburg, Pandekten, I. Teil, S. 358.
[7]) Bähr, Dogm. Jahrb. 1, S. 445. Oertmann, aaO. S. 83.
[8]) Sohm, Gegenstand. S. 30. — v. Tuhr, Unwiderrufl. Vollm. S. 90.

ren uns die Motive, in denen es heißt: „Der Entwurf beruht auf der Anschauung, daß bei der Abtretung der Vindication eine dingliche Bindung des Abtretenden anzunehmen sei." Auf die Abtretung des dinglichen Anspruchs sollen nach den Motiven die Vorschriften über die Forderungsabtretung Anwendung finden, soweit nicht die Natur des dinglichen Anspruchs entgegensteht.[9])

In den Protokollen über die zweite Lesung des Entwurfs ist an einigen Stellen von der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs die Rede,[10]) dabei scheint die Zulässigkeit der Abtretung immer als selbstverständlich vorausgesetzt worden zu sein. Jedenfalls wurde von der Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs an diesen Stellen keine besondere Begründung der Abtretung für notwendig erachtet. Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man sagt, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Allgemeinen die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs für möglich hielten.

Wie schon gesagt, mehrte sich nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die Zahl derer, welche eine Abtretung des dinglichen Anspruchs aus begrifflichen und praktischen Gesichtspunkten ablehnten.

Hauptvertreter dieser Lehre sind: Kohler, Sohm, v. Tuhr, M. Wolff, Mayer, Brodmann, Lehmann, Schliewen, Walsmann, Pollack.[11]).

Ihnen stehen als Vertreter der Gegen-Meinung gegenüber: O. v. Gierke, Crome, Endemann, Hellwig, Biermann, Oertmann, Kober, Nipperdey, Heck, Raape, Warneyer.[12])

Der Standpunkt der Rechtssprechung ist nicht klar zu erkennen, da es an Entscheidungen fehlt, die sich mit der Abtretung des Eigentümeranspruchs ausdrücklich beschäftigen. Es besteht jedoch kein Grund zu der Annahme, daß das Reichsgericht seine Auffassung, die es in der Entscheidung Bd. 27 S. 154 zum Ausdruck gebracht hat, im neueren Recht geändert habe.[13])

[9]) Motive, 3. Bd., S. 399.

[10]) Protokolle, Bd. 1, S, 301; Bd. 3, S. 202.

[11]) Kohler, Patentrecht, S. 472. — Sohm, Gegenstand, S. 30. — v. Tuhr. Allgem. Teil, Bd. 1, S. 266, Unwiderrufl. Vollm. S. 90. — M. Wolff, Sachenrecht, § 84, VI, S. 280. — Mayer, Gruch. Beitr. 56, S. 297. — (Planck)-Brodmann, § 985, 3, S. 482. — Schliewen in Komm. RGR. § 985, 1, 3. Bd.. S. 307. — Lehmann, Recht der Schuldverh., S. 300. — Walsmann, Verzicht, S. 78. — Pollack, Perspektive und Symbol, S. 491.

[12]) O. v. Gierke, Privatrecht, Bd. 2, § 133, Anmerk. 24, S. 550. — Crome, System, § 416, 3. Bd. S. 401. — Endemann, Lehrbuch, Bd. 2, S. 578. — Hellwig, Lehrbuch, § 31, I, 3b, Anspruch und Klagerecht, S. 30. — Biermann, Sachenrecht, § 985, 1c, S. 268. — Oertmann, Arch. civ. Pr. 113, S. 76. — (Staudinger)-Kober, § 985, II d, S. 582. — (Enneccerus)-Nipperdey, Allgem. Teil, S. 680. — Heck, Sachenrecht, S. 494. — Raape, Dogm. Jahrb. 71, S. 120. — Warneyer, § 985, I, 2. Bd., S. 195.

[13]) RG 27, S. 154; 52, S. 274.

§ 2.

Bevor wir untersuchen, ob die neuere Lehre berechtigt ist, die die Abtretung des Eigentümeranspruchs nicht zuläßt, ist es notwendig, auf die Entstehung des dinglichen Herausgabeanspruchs des Eigentümers und die Wirkung der Abtretung dieses Anspruchs einzugehen.

Der Herausgabeanspruch des Eigentümers ist ein dinglicher Anspruch, ein Anspruch, der dem dinglichen Recht kraft Gesetzes entspringt, wenn der gesetzmäßige Inhalt des dinglichen Rechts nach irgendeiner Richtung verletzt wird. Der Inhalt des Anspruchs geht dahin, den dem dinglichen Recht entsprechenden Zustand wiederherzustellen. Dementsprechend entsteht der Herausgabeanspruch des Eigentümers in dem Augenblick, in dem das Eigentumsrecht durch Trennung des Besitzes vom Eigentum verletzt wird. Den Besitz wieder mit dem Eigentum zu vereinigen, ist das einzige Ziel des Herausgabeanspruchs, mit dieser Aufgabe ist der Inhalt des Anspruchs erschöpft.

Der Herausgabeanspruch verliert daher seine Daseinsberechtigung, wenn er seine Aufgabe erfüllt hat, oder wenn der dem Eigentum gemäße Zustand auf andere Weise wieder eingetreten ist, z. B. der Eigentümer findet seine Sache, die der Besitzer verloren hat.

Da der Herausgabeanspruch seine Kraft allein aus dem Eigentum schöpft, kann er naturgemäß nur solange bestehen, als das Eigentum besteht, dem zu dienen er bestimmt ist.

Der Eigentümeranspruch erlischt also immer, wenn der Besitz nicht mehr vom Eigentum getrennt ist, sei es, daß der Besitz mit dem Eigentum wieder in einer Hand zusammengefaßt ist, oder daß infolge Untergangs des Eigentums von einer Zweiung von Besitz und Eigentum nicht die Rede sein kann.

Jedoch nicht nur aus dem dinglichen Ursprung des Herausgabeanspruchs, sondern auch aus der Tatsache, daß es sich um einen Anspruch handelt, ergeben sich wichtige Folgen für das Bestehen des dinglichen Anspruchs.

Als Anspruch schafft der Herausgabeanspruch eine Rechtsbeziehung zwischen zwei bestimmten Personen. Er ist daher nicht allein an das Eigentumsrecht, sondern ebenso an die Person des Eigentümers gebunden. Verliert der Eigentümer sein Eigentum, so erlischt der Herausgabeanspruch, gleichgültig, ob der Eigentümer das Eigentum durch Rechtsgeschäft übertragen hat, oder ob er es aus einem anderen Grunde verloren hat. Dies ist nicht unbestritten für den Fall, daß das Eigentum im Wege der Rechtsnachfolge auf einen Anderen übergeht; hier soll auch der Eigentümeranspruch auf den Nachfolger übergehen.[1])

[1]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 249. — Weiskopf, Würzburger Abhandlungen, Heft 7, S. 36.

Zur Begründung dieser Behauptung ist angeführt worden, daß die Verjährung des Herausgabeanspruchs, die gegen den Voreigentümer begonnen habe, gegen den Singularnachfolger weiterlaufe.[2]) Die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches geben für die Richtigkeit dieses Satzes keine Anhaltspunkte, ebensowenig läßt sich § 986 BGB. dafür heranziehen, denn § 986 greift erst ein, wenn die Verjährung des Anspruches eingetreten ist. Auf den Lauf der Verjährungsfrist ist § 986 ohne Einfluß.

Weiterhin ist für den Bestand des Herausgabeanspruchs die Person des Besitzers wesentlich. Verliert der Besitzer den Besitz, so erlischt der Herausgabeanspruch aus zwei Gründen: Einmal kann sich der Anspruch nur gegen den Besitzer richten, denn nur dieser ist zur Herausgabe imstande, die Tatsache des Besitzes ist es, die zur Herausgabe verpflichtet.[3])

Mit dem Verlust des Besitzes an der Sache entfällt für den Besitzer die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache. Auf der anderen Seite ist der Nachbesitzer dem Eigentümer gegenüber selbständig zur Herausgabe verpflichtet auf Grund der Tatsache, daß er Besitzer der Sache geworden ist; gegen ihn ist ein neuer Herausgabeanspruch entstanden, der von dem gegen den früheren Besitzer gerichteten Anspruch verschieden ist.

Der Eigentümeranspruch auf Herausgabe der Sache ist also nur solange vorhanden, als einerseits die Trennung von Eigentum und Besitz besteht, andererseits kein Wechsel in der Person der bei Entstehen des Anspruchs Berechtigten und Verpflichteten eingetreten ist.

Angesichts dieser vielfachen Abhängigkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs ist es nicht angängig, den Herausgabeanspruch als ein selbständiges Recht zu bezeichnen.

Wenn im folgenden die selbständige Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs behandelt wird, so muß man sich von vornherein darüber klar sein, daß mit der „selbständigen" Abtretung nicht eine Abtretung gemeint sein kann, die dem Abtretungsempfänger eine vom Abtretenden unabhängige, durch ihn unbeeinflußbare Stellung verschafft, wie dies bei der Forderungsabtretung geschieht. Selbständige Abtretung des dinglichen Anspruchs heißt Abtretung des Herausgabeanspruchs ohne gleichzeitige Uebertragung des dinglichen Rechts.

Welche Wirkungen hat nun die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs?

Wer die Abtretung des Herausgabeanspruchs für möglich hält, wird auf die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen anwenden,

[2]) Hellwig, aaO. S. 249.
[3]) RG 115, S. 33. — Oertmann, aaO. S. 64.

soweit nicht die Natur des dinglichen Anspruchs einer Anwendung der §§ 398 ff. BGB. entgegensteht.[4]) Vgl. § 413 BGB.

Die Natur des dinglichen Anspruchs, namentlich die Abhängigkeit vom Eigentum und von der Person des Eigentümers, steht allerdings der Anwendung der Vorschriften über die Forderungsabtretung sehr weitgehend entgegen, soweit, daß sogar von den Gegnern behauptet wird, die Abtretung des Herausgabeanspruchs sei überhaupt keine Abtretung im Sinne der §§ 398 BGB.

In dreifacher Richtung erleidet die Stellung des Zessionars eine Einschränkung:

a) Der Zessionar kann zwar allein und im eigenen Namen Herausgabe verlangen, doch nur solange, als der Zedent von dem er sein Recht herleitet, Eigentümer bleibt. Mit dem Eigentumsverlust des Zedenten verliert der Zessionar die Befugnis, Herausgabe fordern zu können.

Gibt der Besitzer die Sache an den Eigentümer selbst heraus, so ist der Anspruch des Zessionars ebenfalls erloschen, weil der dem Eigentum entsprechende Zustand wieder eingetreten ist.[5])

Der Anspruch ist zwar bereits durch die Besitzaufgabe seitens des Besitzers erloschen,[6]) allein gegenüber der Möglichkeit, daß der Anspruch durch eine Besitzänderung untergeht, können sich die Parteien durch eine Abtretung der künftigen Ansprüche helfen. Doch stellt die Abtretung künftiger Ansprüche den Zessionar nur für die Fälle sicher, in denen ein anderer als der Eigentümer den Besitz der Sache erlangt. Wird der Eigentümer selbst Besitzer, so ist für einen Herausgabeanspruch kein Raum mehr, auch eine Abtretung der künftigen Ansprüche könnte dem Zessionar nichts helfen.

Dabei ist es unwesentlich, ob der Besitzer trotz Kenntnis von der Zession die Sache an den Eigentümer herausgegeben hat; entscheidend für das Erlöschen des Herausgabeanspruchs ist allein die Tatsache, daß der Besitz wieder mit dem Eigentum vereinigt ist.

b) Der Eigentümer entäußert sich durch die Abtretung seines Anspruches und damit seines Rechtes, selbst Herausgabe von dem Besitzer verlangen zu können. Infolge der ständigen Abhängigkeit des Herausgabeanspruchs von dem Bestehen des Eigentums in der Person des Zedenten kann der Eigentümer durch Aufgabe seines Eigentums, Entgegennahme der Sache von dem Besitzer oder Veräußerung der Sache bei Grundstücken das Recht des Zessionars auch nach der Abtretung vereiteln.

c) Der Besitzer endlich wird durch die Zession verbunden, an den Zessionar zu leisten. Er ist aber wiederum nur einem

[4]) Motive, 3. Bd., S. 399. — Kipp-Windscheid, 2. Bd., S. 395.
[5]) Biermann, § 985, 1c, S. 268. — Crome, § 416, Anm. 6, III, S. 401. — Warneyer, § 985, 2. Bd., S. 195.
[6]) Oertmann, aaO. S. 64.

Zessionar zur Herausgabe verpflichtet, der seinen Anspruch von dem derzeitigen Eigentümer herleitet. Verliert der Zedent nach der Zession sein Eigentum, so kann der Besitzer dies dem Herausgabeverlangen des Zessionars entgegenhalten.

Die Verpflichtung des Herausgabeschuldners, an den Zessionar zu leisten, ist eine Folge der Abtretung; der Zessionar ist an Stelle des Eigentümers berechtigt, Herausgabe an sich zu verlangen.

Wie man sich diesen Eintritt in die Gläubigerstellung im einzelnen vorzustellen hat, ob man das ganze Eigentumsrecht als Gläubigerrechts ansieht und die Abtretung des Eigentümeranspruchs als eine Spaltung dieses Gläubigerrechts auffaßt,[7]) oder ob man lediglich das Recht, Herausgabe zu verlangen, als Gläubigerrecht ansieht und dieses Gläubigerrecht als abhängig von dem andersgearteten Eigentumsrecht erklärt,[8]) ist für die Frage der Abtretbarkeit an sich ohne Einfluß, weil die Bedenken, die einer Spaltung des Gläubigerrechtes bei der Forderungsabtretung im Wege stehen,[9]) bei der Abtretung dinglicher Ansprüche nicht begründet sind.

Bei der Abtretung von Forderungen ist von dem Gesetz eine Abtretung mit vollständiger Uebertragung der Gläubigerstellung vorgesehen; eine Zession mit der Wirkung, daß der Zessionar nur zur Einziehung der Forderung in der Lage sein soll, während die Forderung im übrigen bei dem alten Gläubiger verbleibt, findet im Gesetz kein Vorbild, sie kann auch nicht auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit gestützt werden, da dieser Grundsatz nur auf Verpflichtungs-, nicht aber auf Verfügungsgeschäfte angewandt werden kann.[10]) Bei den dinglichen Ansprüchen beruht die beschränkte Wirkung der Abtretung auf der gesetzlichen Gestaltung des dinglichen Anspruchs. Das Bürgerliche Gesetzbuch, das an einigen Stellen die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs erwähnt, kann nur eine Abtretung mit dieser beschränkten Wirkung im Auge haben.

§ 3.

Gegen die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs mit den eben geschilderten Wirkungen ist von den Gegnern eingewandt worden, jede Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs führe zu einer Trennung des Anspruchs von dem Recht, aus dem der Anspruch hervorgegangen sei. Eine derartige Trennung widerspreche der dinglichen Natur des Herausgabeanspruchs.

[7]) Endemann, Lehrbuch, 2. Bd., S. 578, Anm. 10. — Löbl, Arch. civ. Pr. 129, S. 305.
[8]) (Enneccerus)-Nipperdey, Allg. Teil, S. 680.
[9]) (Planck)-Siber. 2. Bd. § 398, 1b, S. 552. — (Staudinger)-Werner, § 398, II 3, 2. Bd., S. 800.
[10]) Motive, 3. Bd., S. 77.

Der dingliche Anspruch ist nach dieser Ansicht ein unselbständiger Bestandteil des dinglichen Rechts, ein Ausfluß des Rechts, der keines selbständigen Daseins fähig ist.[1])

Nun ist mit dem Ausspruch, der dingliche Anspruch sei ein Ausfluß des dinglichen Rechts, eine Folgeerscheinung dieses Rechts, für die Untrennbarkeit von Anspruch und Recht noch nichts bewiesen, denn es ist durchaus denkbar, daß der einmal entstandene Anspruch von dem ihm zugrunde liegenden Recht getrennt wird. Allein das ist es auch nicht, was die Gegner der Abtretbarkeit im Auge haben; der grundlegende Gedanke, der nur nicht immer mit der genügenden Deutlichkeit zum Ausdruck kommt, ist der: Der dingliche Herausgabeanspruch ist nur eine Erscheinungsform des dinglichen Rechts, dem er entstammt, er ist das Recht selbst in seiner Kampfbereitschaft gegen denjenigen, der das Recht durch Besitzentziehung verletzt hat.[2])

Ist der dingliche Anspruch in dieser Weise in dem dinglichen Recht ständig enthalten, dann läßt sich allerdings eine Trennung von Anspruch und Recht schwer vorstellen.

Zum Beweise der Identität von dinglichem Anspruch und dinglichem Recht ist die Tatsache herangezogen worden, daß im Falle des Eigentumsüberganges durch Rechtsgeschäft oder Erbgang bei dem Nachfolger im Eigentum selbständig neue Eigentumsansprüche entstünden.[3])

Das soll, namentlich im Hinblick auf § 986 II BGB., nicht geleugnet werden. Die abweichende Ansicht Hellwig's ist schon an anderer Stelle zurückgewiesen worden.[4]) Sowenig daher bezweifelt werden soll, daß das Eigentum in der Hand des Nacheigentümers gegen den gleichen Besitzer neue Ansprüche zur Entstehung bringt, so wird streng genommen dadurch nur bewiesen, daß im Augenblick der Eigentumsübertragung der Eigentumsanspruch immer im Eigentum enthalten sein muß.

Es wird aber nicht ausgeschlossen, daß ein Eigentümer für die Dauer seines Eigentums sich seines Herausgabeanspruchs begibt. Das Entstehen neuer Ansprüche bei dem neuen Eigentümer wird im übrigen schon durch die Abhängigkeit des Anspruchs vom Eigentum erklärt. Der Anspruchs-Zessionar ist in dem Augenblick nicht mehr zur Geltendmachung seines Anspruchs imstande, in dem der Eigentümer sein Eigentumsrecht verloren hat; für den Rechtsnachfolger muß notwendig ein neuer Anspruch entstehen, soll nicht ein Eigentum ohne Eigentumsanspruch aus der Eigentumsübertragung hervorgehen.

[1]) M. Wolff, § 84, VI, S. 280. — Mayer. Gruch. Beitr. 56, S. 297. — Kohler, Patentrecht, S. 472. — Pollack, S. 491. — Walsmann, S. 78.
[2]) Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 193.
[3]) Kohler, S. 472. — Mayer, aaO. S. 298.
[4]) s. o. S. 7.

Ist es richtig, daß der Eigentumsanspruch nur eine Erscheinungsform des Eigentums darstellt, dann muß als Folge davon der Anspruch stets die gleiche Kraft haben, wie das Eigentum selbst. Dem steht der Umstand entgegen, daß der Herausausgabeanspruch als Anspruch der Verjährung unterworfen ist,[5]) so daß der Fall eintreten kann, daß der Eigentumsanspruch durch die Verjährung entkräftet wird, während daneben das Eigentum in voller Kraft weiter besteht und gegen einen neuen Besitzer neue Ansprüche zur Entstehung bringen kann. Die Verjährbarkeit des dinglichen Anspruchs ist nur eine Folge, die sich aus seiner Anspruchsnatur ergibt. Die Verschiedenheit von relativem Anspruchsrecht und absolutem Eigentumsrecht tritt nach mehreren Seiten in Erscheinung. Das Eigentum umfaßt eine bestimmte Sache, es richtet sich nicht gegen bestimmte Personen und behält seine Kraft, solange die ihm unterworfene Sache vorhanden ist.

Der Anspruch richtet sich gegen eine bestimmte Person, er verlangt von dieser eine bestimmte Leistung und erlischt, wenn die Leistung erfolgt ist. Schon vorher kann der Anspruch durch Einreden geschwächt werden. Die Verschiedenheit der beiden Rechtseinrichtungen ist dazu benutzt worden, als Beweismittel gegen die Identität von Eigentum und Eigentumsanspruch zu dienen.[6])

Der Beweis gegen die Identität ist indessen ebensowenig zwingend, wie vorher der Beweis für die Identität.

Selbst Nipperdey, der auf die Verschiedenheit von Eigentum und Anspruch besonderen Wert legt, kann sich scheinbar der Vorstellung nicht ganz entziehen, daß der Eigentumsanspruch nur eine Erscheinungsform des Eigentums darstellt. Er sagt: „Die Abtretung eines dinglichen Anspruchs gibt nur die Befugnis, das fremde Recht im eigenen Namen geltend zu machen.“ [7])

Das fremde Recht, das der Zessionar geltend macht, ist das Eigentum. Von einer Geltendmachung des Eigentums gegen eine bestimmte Person kann man jedoch nur sprechen, wenn man die Möglichkeit anerkennt, daß das Eigentum im Fall der Verletzung einen Anspruch erzeugen kann. Denn nur mit einem Anspruch kann man von einem anderen eine Leistung verlangen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt auch gar nicht vor, daß der Anspruch ein selbständiges Recht sein müsse, es ist nach dem Gesetz durchaus möglich, daß ein Recht im Falle der Verletzung einen Anspruch erzeugt. Verjährt dieser Anspruch, so ist das Recht nur nach einer bestimmten Seite hin seiner Kraft beraubt.

[5]) (Staudinger)-Riezler, § 194, 2, Bd. I, S. 778. — (Planck)-Knoke, § 194, 3, I. Bd., S. 510.
[6]) (Enneccerus)-Nipperdey, S. 680.
[7]) Nipperdey, aaO. S. 681.

Ein überzeugender Beweis wird sich daher weder für, noch gegen die Identität bringen lassen. Es wird immer von der Stellungnahme des Einzelnen abhängig bleiben, von dem Gewicht, das er den Gründen für oder gegen die Identität beilegt, zu welchem Ergebnis er gelangt.

Der Vorgang Windscheids zeigt uns, daß man, auch wenn man den dinglichen Anspruch für eine Erscheinungsform des Eigentums hält, die Abtretung des Anspruchs für möglich halten kann.[8])

Man muß sich die Abtretung dann so vorstellen, daß eine Spaltung des Gläubigerrechts eintritt.

Auf einem anderen Wege hat v. Tuhr die Untrennbarkeit von Eigentum und Eigentumsanspruch nachzuweisen gesucht. Die Abtretung des Herausgabeanspruchs führt nach der Ansicht v. Tuhrs' zur Herstellung schutzlosen Eigentums.

Der Herausgabeanspruch ist vom Gesetz dem dinglichen Recht als unentbehrliches Schutzmittel beigegeben worden. Diese vom Gesetz getroffene Regelung kann der einzelne nicht durch Rechtsgeschäft dahin ändern, daß er durch Abtretung den Eigentumsanspruch vom Eigentum trennt und damit das Eigentum seines Schutzes beraubt.[9])

Zuzugeben ist, daß ein des dinglichen Anspruchs beraubtes Eigentum eine von jedem Standpunkt aus unerwünschte Erscheinung wäre.

Führt die Abtretung des Eigentumsanspruchs tatsächlich ein schutzloses Eigentum herbei?

Die Frage ist von Oertmann mit der Begründung verneint worden, die Abtretung löse aus der unendlichen Fülle der aus dem Eigentum entspringenden Ansprüche nur ein einzelnes konkretes Exemplar, der Zessionar werde nicht säumen, den Anspruch geltend zu machen und durchzusetzen.[10]) Damit wird wird jedoch das Wesentliche nicht getroffen. Das Eigentum kann zwar eine Anzahl verschiedener Ansprüche hervorbringen; zu einer bestimmten Zeit kann es aber nur einen Herausgabeanspruch geben, der durch die Abtretung vom Eigentum getrennt wird.

Selbst wenn sich der Zessionar bemüht, den Anspruch sofort durchzusetzen, so hängt der Erfolg oft nicht von seinem Bemühen, sondern von Umständen ab, auf die er ohne Einfluß ist, z. B. der Dauer eines Prozesses. Trotz der Bemühungen des Zessionars könnte daher die Schutzlosigkeit des Eigentums längere Zeit dauern.

Wichtiger für die Verneinung der Frage ist die bereits erwähnte Tatsache, daß aus dem Eigentum bei dem Nacheigen-

[8]) Kipp-Windscheid, § 337, Note 8, 2. Bd., S. 397.
[9]) v. Tuhr, Allg. Teil, 1. Bd., S. 266. — Ko. RGR, § 985, Bem. 1, 3. Bd., S. 307.
[10]) Oertmann, aaO., S. 63.

tümer neue Ansprüche entstehen.[11]) Dadurch wird die Dauer der Schutzlosigkeit auf das Eigentum eines Eigentümers beschränkt. Der Eigentümer beraubt also nur sich selbst seines Anspruches, er ist aber nicht in der Lage, ein anspruchsberaubtes Eigentum als Dauereinrichtung zu schaffen.

Es ist kein Grund vorhanden, den Eigentümer hieran zu hindern. Die Abtretung ist eine Verfügung über den Herausgabeanspruch, und v. Tuhr sagt selbst, die Verfügungsmacht über einen Rechtskreis sei eine Grundlage unseres Rechtszustandes, die nur in gesetzlich zugelassenen Fällen einer Beschränkung unterliege.[12])

Eine Einschränkung der Verfügungsgewalt ist für diesen Fall vom Gesetz nicht vorgesehen.

Dazu kommt, daß eine völlige Schutzlosigkeit des Eigentums durch die Abtretung des Eigentumsanspruchs nicht eintritt. Die Abtretung erfolgt regelmäßig auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrages, der zugrundeliegende Vertrag gibt dem Eigentümer genug Handhaben, entweder für ordnungsmäßige Durchsetzung des Herausgabeanspruchs zu sorgen oder sich den Anspruch zurückübertragen zu lassen.

Da Eigentümer und Vertragsgläubiger notwendig zusammenfallen, so kann man vielleicht von Schutzlosigkeit des Eigentums, nicht aber von Schutzlosigkeit des Eigentümers sprechen. Daß v. Tuhr auch die Trennung von Anspruch und Eigentum bei dem einzelnen Eigentümer für unzulässig hält, vor allem aus Rücksicht auf die Gläubiger des Eigentümers, zeigen seine praktischen Beispiele.

Die beschränkte Wirkung der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, beschränkt in dem Sinne, daß der Eigentümer trotz der Abtretung den Anspruch zum Untergang bringen kann, hat zu folgenden Bedenken Anlaß gegeben:

Die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs sei keine Abtretung entsprechend den §§ 398 ff. BGB.

Die Wirkung der Forderungsabtretung sei nach § 398, daß der neue Gläubiger an die Stelle des alten trete. Bei der Abtretung des dinglichen Anspruchs habe, infolge der Abhängigkeit des Herausgabeanspruchs von dem Eigentum, der Zedent auch nach der Abtretung des Anspruchs die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch des Zessionars durch Veräußerung der Sache zu beseitigen.[13])

Richtig ist, daß der Zedent verschiedene Möglichkeiten hat, das Recht des Zessionars zu vereiteln.

Die Frage ist nur, ob es berechtigt ist, das Vorliegen einer Abtretung zu bestreiten, weil einzelne Bestimmungen des Zessionsrechtes auf die Abtretung des dinglichen Anspruchs nicht anwendbar sind.

[11]) Oertmann, aaO. S. 73. — Raape, Dogm. Jahrb. 71, S. 121.
[12]) v. Tuhr, Allg. Teil, 2. Bd., I. Hälfte, S. 369.
[13]) Mayer, Gruch. Beitr. 56, S. 298.

Wo soll die Grenze sein, von der ab man von einer Abtretung sprechen kann?

Die wichtigste Wirkung einer Anspruchsabtretung ist die Verleihung der Befugnis an den Zessionar, den Anspruch von nun an im eigenen Namen geltend machen zu können.[14]) Diese Wirkung tritt auch bei der Abtretung des dinglichen Anspruchs ein, ebenso die weitere wesentliche Folge der Zession, daß der Zedent sich durch die Abtretung seines Anspruchs begibt.

Wenn der Zessionar nicht völlig an die Stelle des Zedenten tritt, so steht das der praktischen Verwendung der Abtretung wohl im Wege, es bietet aber keinen Grund, das Vorliegen einer Abtretung überhaupt zu leugnen. Zumal man in der heutigen Rechtslehre von Abtretung schon in Fällen spricht, in denen der Zessionar eine viel geringere Rechtsmacht erhalten hat.[15])

Es ist bereits betont worden, daß eine Abtretung des dinglichen Anspruchs, die den Zessionar vollständig an die Stelle des alten Gläubigers treten läßt, nicht möglich ist. Es erübrigt sich daher eigentlich, auf den Einwand einzugehen, man gerate bei einer derartigen Annahme „in Widerspruch mit dem Prinzip der Typengebundenheit im Sachenrecht".[16])

Eine Abtretung mit diesen Folgen verschaffe dem Zessionar ein Recht, das einem Recht an der Sache gleichstehe.

Das ist nicht richtig, denn der Zessionar des Herausgabeanspruchs, mag er noch so selbständig gestellt sein, steht immer noch schlechter als ein Besitzer der Sache, nur wer den Besitz ein Recht an der Sache nennt, könnte der Behauptung vielleicht beitreten. Mayer scheint den Ausdruck der Motive mißverstanden zu haben, es sei eine „dingliche Bindung des Abtretenden" bei der Abtretung des dinglichen Anspruchs anzunehmen.

Darauf deutet der Vorwurf hin, trotz der dinglichen Wirkung verleihe die Abtretung dem Abtretungsempfänger keinerlei Ab- oder Aussonderungsrechte im Konkurse des Zedenten.

Es wäre wichtig zu wissen, woran dem Zessionar ein Aussonderungsrecht zustehen soll. Sicher nicht an der Sache, denn ihm ist ja kein dingliches Recht an der Sache übertragen worden. Eine Aussonderung des Herausgabeanspruchs ist aber ebensowenig möglich, wie etwa eine Aussonderung des Besitzes an einer Sache.[17])

Neben den bisher behandelten Bedenken begrifflicher Art ist noch auf § 137 BGB. einzugehen. Die Vorschrift ist zwar bis jetzt nur gegen eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs ins Feld

[14]) Heck, Sachenrecht, S. 494.
[15]) Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 290.
[16]) Mayer aaO., S. 298.
[17]) Warneyer, § 985, II, 2. Bd., S. 195. — (Staudinger) - Kober, § 985, VI, 3. Bd., S. 586.

geführt worden,[18]) sie könnte vielleicht mit mehr Berechtigung gegen eine Abtretung des Eigentümeranspruchs herangezogen werden.

Eine Beschränkung der Verfügungsmacht über ein veräusserliches Recht kann durch Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden. Durch die Anspruchsabtretung beraubt sich der Eigentümer der Möglichkeit, selbst den Anspruch geltend zu machen. Das Geltendmachen des Herausgabeanspruchs kann indessen nicht als eine Verfügung über das veräußerliche Eigentumsrecht angesehen werden, denn durch die selbständige Abtretung des Herausgabeanspruchs wird das Eigentum selbst nicht ergriffen.

Die Verfügungsbeschränkung liegt also nicht darin, daß der Eigentümer nach der Abtretung nicht mehr über seinen Anspruch verfügen kann, sondern darin, daß er bei beweglichen Sachen nicht mehr zur Veräußerung der Sache imstande ist.

§ 137 BGB. kann daher nicht allgemein gegen die Abtretung jedes dinglichen Anspruchs, sondern allein gegen die Abtretung des Eigentümeranspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache angezogen werden.

Die Verfügungsbeschränkung tritt in folgender Weise ein: Der Eigentümer, der sich nicht im Besitze seiner Sache befindet und der seinen Herausgabeanspruch bereits abgetreten hat, hat sich des Anspruchs entäußert. Zu einer Sachübereignung an einen anderen als den Zessionar wäre erneute Abtretung des Herausgabeanspruchs erforderlich, § 931 BGB.; hierzu ist der Eigentümer solage nicht in der Lage, als der Zessionar nicht den Besitz der Sache erlangt hat.

Läßt man § 137 hier eingreifen, so wäre die Abtretung des Herausgabeanspruchs insoweit nichtig, als sie die Verfügungsmacht des Eigentümers einschränkt D. h. der Eigentümer könnte trotz der erfolgten Abtretung den Herausgabeanspruch zum Zwecke der Eigentumsübertragung nochmals an einen anderen übertragen.

Diese für den Zessionar natürlich sehr unerwünschte Wirkung müßte man hinnehmen, wenn die Verfügungsbeschränkung einträte, weil sie von den Parteien gewollt war, denn § 137 hat solche Rechtsgeschäfte im Auge, die ihrem Inhalt nach auf eine Einschränkung der Verfügunsmacht der einen Partei gerichtet sind.[19]) Im Falle der Abtretung des Eigentümeranspruchs tritt die Einschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers in erster Linie als Folge der gesetzlichen Wirkung der Abtretung ein.

Nicht weil die Parteien es gewollt haben, sondern weil das Gesetz der Abtretung eines Anspruchs dingliche Wirkung verliehen hat, wird durch die Abtretung die Verfügungsmacht des Eigentümers beschränkt.

[18]) Volmer, Gruch. Beitr. 59, S. 644.
[19]) Oertmann, Allg. Teil, § 137. Bem. 4, S. 483.

Aus diesem Grunde kann § 137 BGB. auf die Abtretung des Eigentümeranspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache keine Anwendung finden.

Das scheint allerdings nicht ganz unbestritten zu sein. Man kann die Behauptung lesen, daß der Eigentümer auch nach der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs zu einer Veräußerung seiner Sache imstande sei.[20]) Soll diese Behauptung auch für bewegliche Sachen zutreffen, so läßt sich das nur mit einer Anwendung des § 137 BGB. erklären.

Selbst wenn eine derartige Auslegung des § 137 zutreffend sein sollte, ist damit noch kein Beweis gegen die begriffliche Zulässigkeit der Abtretung erbracht, lediglich die Wirkung der Abtretung wird erneut zu Ungunsten des Zessionars eingeschränkt.

§ 4.

Die Argumente der Gegner einer Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs sind erschöpft, es wird unsere nächste Aufgabe sein, auf das Vorbringen der Verteidiger der Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs einzugehen.

Das Gesetz spricht an einigen Stellen von Abtretung des Herausgabeanspruchs, diese Vorschriften sind natürlich herangezogen worden, die Zulässigkeit der Abtretung des Eigentümeranspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch darzutun.[1])

Wir haben uns die Frage gestellt, ob eine selbständige Abtretung, eine Abtretung, die nicht gleichzeitig mit Uebereignung verbunden ist, vorgenommen werden kann.

Nur wenn durch die Anwendung der Gesetzesbestimmungen eine Trennung von Eigentum und Eigentumsanspruch eintreten kann, sind sie geeignet, die selbständige Abtretbarkeit des dinglichen Anspruchs zu beweisen.

In Betracht kommen die §§ 931, 1032, 934, 255 BGB. 265 ZPO.

§ 931 gibt dem Eigentümer einer beweglichen Sache die Möglichkeit, die zur Eigentumsübertragung erforderliche Besitzübergabe zu ersetzen durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den augenblicklichen Besitzer der Sache.

Das Gesetz spricht ganz allgemein von Abtretung des Herausgabeanspruchs, ohne anzudeuten, ob es den dinglichen Anspruch im Auge hat, oder einen persönlichen Herausgabeanspruch.

In der Rechtslehre wird die Auffassung vertreten, daß § 931 nur die Abtretung des persönlichen Anspruchs verlange, daß also eine Anspruchsabtretung nur möglich und erforderlich sei, wenn der Eigentümer zugleich mittelbarer Besitzer der Sache

[20]) Mayer, aaO., S. 298. — Löbl, Arch. civ. Pr. 129, S. 305.

[1]) (Enneccerus)-Nipperdey, S. 680. — Raape, Dogm. Jahrb. S. 121. — (Staudinger)-Kober, § 985. IId, 3. Bd., S. 582. — Heck, Sachenrecht, S. 494. — Oertmann, aaO. S. 72. — Biermann, § 985, 1 c, S. 268.

sei.[2]) Mit dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich zwar diese Auffassung vereinen, die Entstehungsgeschichte des § 931 läßt jedoch erkennen, daß § 931 eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs fordert.

Die Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs hatte zu der Frage der Eigentumsübertragung für den Fall, daß sich der Eigentümer nicht im Besitze seiner Sache befindet, drei Anträge zu behandeln.[3]) Angenommen wurde der Antrag 2, der im Wortlaut mit dem jetzigen § 931 übereinstimmte. In der Begründung ist darauf hingewiesen, daß der Antrag 2 den Vorzug vor dem Antrag 1 b verdiene, der die Frage durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes lösen wollte. Die Regelung des Antrages habe den Vorzug der Einfachheit, weil sie alle Fälle umfasse, in denen der Eigentümer ohne Besitz sei.

Im Anschluß an die Begründung der zweiten Kommission wird man den § 931 richtig dahin auslegen, daß der Herausgabeanspruch in § 931 der dingliche Herausgabeanspruch sei.

Es ist daher weitaus herrschende Meinung, daß als Uebergabeersatz mindestens der dingliche Herausgabeanspruch abgetreten werden müsse.[4])

An dieser Auslegung des § 931 ist bemängelt worden, die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs könne nicht wörtlich genommen werden, sie führe zu einer Verkehrung der rechtlichen Vorgänge.

Der Eigentumsanspruch sei eine Folgeerscheinung des Eigentums, nicht auf Grund der Abtretung des Eigentumsanspruchs gehe das Eigentum über, sondern als Folge der durch schlichte Einigung geschehenen Eigentumsübertragung gehe der Eigentumsanspruch über.[5])

Abgesehen davon, daß es nicht folgerichtig ist, einmal den Eigentumsanspruch eine Folge des Eigentums zu nennen und dann wieder vom Uebergang des Eigentumsanspruchs auf den Nachfolger zu sprechen, ist der Einwand auch sachlich nicht gerechtfertigt. § 931 ersetzt lediglich die sonst zur Uebereignung erforderliche Besitzübertragung durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs. Das Gesetz hält es für zweckmäßig, daß derjenige, der nicht im Besitze seiner Sache ist, trotzdem seine Sache veräußern kann. Dazu soll eben nicht eine bloße Einigung genügen, der Eigentümer soll auch seine ganzen derzeitigen Machtbefugnisse über die Sache auf den Erwerber übertragen.[6])

[2]) M. Wolff, Sachenrecht, § 67, II, 1, S. 207. — Mitteis, S. 161. — Scherk, Dogm. Jahrb. 67, S. 397. — Last, Dogm. Jahrb. 63, S. 77.
[3]) Protokolle, 3. Bd. S. 202.
[4]) Uebereinstimmend die Kommentare zu § 931, Ko. RGR. 3. Bd., S. 264. — (Planck-)Brodmann, III, S. 373.
[5]) Mitteis, S. 161. Aehnlich Scherk aaO. S. 397. — M. Wolff, § 67, II, 1, S. 207.
[6]) (Planck-)Brodmann, § 931, Bem. 3, 3. Bd., S. 373.

Das allein ist der Sinn der Anspruchsabtretung nach § 931 BGB. Mit dem Erwerb des Eigentums entsteht für den Erwerber ein neuer Herausgabeanspruch, der mit dem abgetretenen Anspruch nicht identisch ist.

Im allgemeinen wird die dingliche Einigung zusammenfallen mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs, dann tritt die Anspruchsabtretung nicht weiter in Erscheinung, weil bereits mit der Abtretung das Eigentum übergeht und in diesem Augenblick aus dem neuen Eigentum ein neuer Anspruch entsteht. Eine Trennung von Eigentum und Eigentumsanspruch tritt hier nicht ein; das hat v. Tuhr benutzt, um die Beweiskraft des § 931 für die selbständige Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs in Abrede zu stellen.[7])

Daß Einigung und Anspruchsabtretung zusammenfallen, ist zwar der Regelfall, es kann aber auch die Anspruchsabtretung der Einigung vorausgehen.[8])

Nach § 931 ist nicht erforderlich, daß die Anspruchsabtretung zum Zwecke der Uebereignung erfolgt. So gut ein Besitzer, der sich aus irgendeinem Grunde im Besitze der Sache befindet, durch bloße Einigung Eigentum an der Sache erlangt, ebenso erlangt der Zessionar, dem aus irgend einem Grunde der Herausgabeanspruch abgetreten wurde, durch nachfolgende Einigung Eigentum an der Sache. §§ 929, S. 2, 931 BGB.

Gerade in diesem Falle zeigt sich, daß die Anspruchsabtretung einen Sinn hat, daß sie nicht nur eine leere Form ist.

Der Eigentümer, der einem anderen seinen Herausgabeanspruch abgetreten hat, kann jetzt nicht mehr jedem Beliebigen seine Sache übereignen, sondern vorläufig nur dem Zessionar. Einem anderem gegenüber wäre dem Eigentümer die Abtretung des Herausgabeanspruchs unmöglich infolge der „dinglichen" Wirkung der Abtretung.

Wäre eine Uebereignung durch schlichte Einigung möglich, so wäre die geschehene Abtretung völlig bedeutungslos für die Uebereignung.

Für die Frage der Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs am wichtigsten ist die allgemeine Fassung des § 931 sie läßt erkennen, daß jede Anspruchs-Abtretung, gleich zu welchem Zweck, die Besitzübertragung ersetzen kann. Damit erkennt das Gesetz auch eine Anspruchsabtretung außerhalb der Eigentumsübertragung also eine selbständige Abtretung an.

Im Zusammenhang mit § 931 muß § 1032 genannt werden. § 1032 sieht vor, daß bei der Nießbrauchsbestellung die Sachübergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden kann. Da § 1032 den § 931 für entsprechend anwendbar erklärt, so ist auch bei § 1032 die Frage, ob der dingliche oder ein

[7]) v. Tuhr, Allg. Teil, 1. Bd., S. 266.
[8]) O. v. Gierke. Dtsch. Privatrecht, 2. Bd., S. 550.

persönlicher Herausgabeanspruch des Nießbrauchbestellers abstellers abzutreten sei, wie in § 931 dahin zu entscheiden, daß der dingliche Herausgabeanspruch abzutreten ist.

Wird der Nießbrauch durch Einigung und Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs bestellt, so ist bei wortgetreuer Auslegung des § 1032 der Nießbraucher im Besitz zweier dinglicher Ansprüche, durch die Abtretung ist er Inhaber des Eigentümerherausgabeanspruchs geworden, gleichzeitig ist er als Nießbraucher selbständig berechtigt, Herausgabe der Sache zu verlangen, vgl. § 1065 BGB.

Es ist bezweifelt worden, daß bei der Nießbrauchbestellung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs tatsächlich eine Uebertragung des Herausgabeanspruchs stattfinde, daß also der Nießbraucher zur Erlangung der Sache auch den abgetretenen Eigentümeranspruch geltend machen könne.[9])

Raape meint, man wisse nicht, mit welchem der beiden Ansprüche der Nießbraucher Herausgabe der Sache verlange, § 1032 sei daher kein Beweismittel für die Abtretbarkeit des Eigentümeranspruchs.[9]a) Es kann jedoch gar nicht darauf ankommen, von welchem Anspruch der Nießbraucher im einzelnen Fall Gebrauch macht, wichtig ist nur, ob er mit dem abgetretenen Herausgabeanspruch des Eigentümers die Sache verlangen kann.

Mit Recht fragt Oertmann, was mit dem abgetretenen Anspruch geschehen solle, wenn er nicht dem Nießbraucher zustehen soll.[10]) Diese Fragestellung ist berechtigt von dem Standpunkt aus, daß zunächst eine Uebertragung des Eigentümeranspruchs stattgefunden habe.

Die Gegenmeinung geht jedoch von der Annahme aus, daß eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs unmöglich sei, daß aus diesem Grunde die Abtretung des Herausgabeanspruchs weder in § 931, noch in § 1032 wörtlich zu nehmen sei.[11])

Die Gründe für diese Auffassung sind hier so wenig als bei § 931 stichhaltig, insbesondere kann nicht anerkannt werden, daß die Anspruchsabtretung zu einer Verkehrung der rechtlichen Vorgänge führe.

Wolff hat ferner eingewandt, der Eigentümer könne seinen Herausgabeanspruch doch höchstens für die Dauer des Nießbrauchs verlieren,[12]) er übersieht, daß die Dauer des Nießbrauchs mit der Anspruchsabtretung in keinem Zusammenhang steht.

Die Abtretung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft[13]) wie jede

[9]) M. Wolff, § 115, 4, S. 403. — Scherk. aaO. S. 397.
[9]a) Raape, Dogm. Jahrb. 71, S. 120.
[10]) Oertmann aaO. S. 57.
[11]) Scherk aaO. S. 397.
[12]) Wolff, § 115, I, S. 403.
[13]) Last, Grünh. Zeitschr. S. 433

Anspruchsabtretung, sie hat allein den Zweck, dem Zessionar eine Handhabe zur Besitzerlangung zu verschaffen.

Erst in dem Augenblick, in dem der Zessionar den Besitz der Sache erlangt, erhält der Eigentümer einen neuen Herausgabeanspruch gegen ihn. Ob sich dies während der Dauer des Nießbrauchs ereignet oder später, ist für die Wirkung der Abtretung ohne Bedeutung, theoretisch ist es wohl möglich, daß der Eigentümer den abgetretenen Anspruch über die Dauer des Nießbrauchs hinaus verliert.

Die Vereinigung zweier dinglicher Herausgabeansprüche in einer Hand kann zu einem Bedenken gegen die wörtliche Auslegung des § 1032 nicht führen, warum sollte die Vereinigung zweier dinglicher Ansprüche in einer Hand bedenklicher sein, als die Vereinigung von dinglichen und persönlichen Ansprüchen bei einer Person, deren Zulässigkeit allseits anerkannt ist.

Das Gesetz selbst macht in § 1032 von der selbständigen Abtretung Gebrauch, § 1032 BGB. ist daher in besonderem Maße geeignet, die Zulässigkeit der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs nach bürgerlichem Recht darzutun.

Zu Unrecht wird manchmal § 934 BGB. in der Reihe der Vorschriften angeführt, welche die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs beweisen sollen.[14]) Denn was der Zessionar in § 934 erhält, ist kein dinglicher Herausgabeanspruch, gleich dem Eigentümeranspruch, sondern vielleicht ein „Putativanspruch",[15]) jedenfalls etwas andersartiges als der dingliche Anspruch.

Für die Abtretung des Eigentümeranspruchs ist daher aus § 934 nichts zu entnehmen, ebensowenig aus § 934 in Verbindung mit § 1032.

Von größerer Bedeutung für die selbständige Abtretung des Eigentümerherausgabeanspruchs ist § 255 BGB., er ist demgemäß neben § 931 am häufigsten zum Beweise der Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs angeführt worden.[16])

§ 255 BGB. spricht wie § 931 ganz allgemein von der Abtretung von Ansprüchen, die dem Eigentümer auf Grund seines Eigentums an einer Sache zustehen.

Daß zu diesen Ansprüchen in erster Linie der Herausgabeanspruch des Eigentümers gehört, bedarf keiner weiteren Ausführungen und ist auch unbestritten.

Trotzdem ist die Beweiskraft des § 255 für die selbständige Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs nicht so unzweifelhaft, als es nach dem Wortlaut scheinen möchte. Der

[14]) Oertmann aaO. S. 58. — Biermann, § 985, S. 268.
[15]) Oertmann aaO. S. 58.
[16]) Oertmann aaO. S. 72. — Heck S. 494. — Nipperdey S. 680. — (Staudinger)-Kober, § 985, VI, 3. Bd., S. 586. — Raape S. 121. — Biermann, § 985, 1c, S. 268. — Motive, 3. Bd., S. 399.

ersatzberechtigte Eigentümer muß, um die Ersatzsumme zu erlangen, seinen Herausgabeanspruch abtreten,[17]) die Frage ist, ob er darüber hinaus zur Uebereignung der Sache verpflichtet ist.[18]) In der Rechtslehre werden beide Ansichten vertreten.

Ist die Auffassung richtig, daß der Ersatzberechtigte zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist, dann führt § 255 zu keiner Trennung von Eigentum und Eigentumsanspruch, er ist dann für die selbständige Abtretbarkeit des dinglichen Anspruchs nicht zu verwerten.

Diese Auffassung hat den unbestreitbaren Vorteil, daß sie sofort eine endgültige Regelung bewirkt und späteren Bereicherungsansprüchen der Parteien untereinander keinen Raum gewährt. Mit diesem Vorteil ist zugleich ein Nachteil verbunden. Die Uebereignung der verlorenen Sache muß nicht immer im Interesse beider Parteien liegen. Es besteht die Möglichkeit, daß sowohl der Ersatzberechtigte mehr Interesse daran hat, seine Sache wiederzuerlangen, als auch der Ersatzpflichtige lieber den geleisteten Ersatz gegen Herausgabe der Sache zurücknimmt.

Ein gutes Beispiel gibt uns Leonhard:[19]) Ein Koffer mit Wäsche und Büchern geht auf der Eisenbahn verloren.

Der persönliche Wert der Wäsche und der Bücher wird für den Eigentümer durch den üblichen Ersatz nicht aufgewogen.

Oder der Ersatzberechtigte will die Entscheidung, ob er seine Sache zurücknimmt oder die Ersatzsumme wählt, von dem Zustand abhängig machen, in dem er seine Sache zurückerhalten kann.[20]) In beiden Fällen ist Ersatzberechtigten besser geholfen, wenn sie nicht zur Uebereignung, sondern nur zur Anspruchsabtretung verpflichtet werden. Der Ersatzberechtigte kann dann, sowie der Ersatzpflichtige den Besitz der Sache erlangt hat, mit seinem neuen Herausgabeanspruch die Herausgabe der Sache von dem Ersatzpflichtigen verlangen, wobei er natürlich zur Rückgabe des erlangten Ersatzes verpflichtet ist.

Diese Regelung wird in vielen Fällen auch den Interessen des Ersatzpflichtigen entsprechen, das zeigt uns wieder Leonhard's Beispiel. Die ersatzpflichtige Eisenbahn erlangt später durch Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs den Koffer Die Verwertung des Koffers samt Inhalt wird einen geringen, durch die Kosten der Verwertung noch geminderten Ertrag bringen. Das Endergebnis ist, daß beide Teile zu Schaden gekommen sind. Dieser Schaden hätte vermieden werden können,

[17]) Oertmann aaO. S. 72. — Schollmeyer, § 255, 3, S. 48. — Leonhard, Allg. Schuldr. S. 213. — (Planck)-Siber, § 255, Bem. 3, 2. Bd. S. 122. — Oertmann, § 255, Nr. 3, 2. Bd., 1. Abt., S. 93. — Heck, Schuldverhältnisse, S. 54.

[18]) Endemann, § 128, Anm. 32. S. 730 — (Staudinger)-Werner, § 255, 3c, II, S. 175. — CoRGR § 255, 2, 1. Bd., S. 421. — O. v. Gierke, II, S. 551. — Kress, Schuldrecht, S. 292. — RG 59, S. 370.

[19]) Leonhard aaO. S. 213.

[20]) (Planck)-Siber, § 255, Bem. 3, S. 112.

wenn der Eigentümer in der Lage gewesen wäre, seine Sache gegen Rückgabe der Ersatzsumme vom Ersatzpflichtigen wieder zu erlangen. Damit wäre sicher die wirtschaftlich günstigste Lösung erreicht.

Eine vermittelnde Stellung nimmt Siber ein. Er verschiebt die endgültige Entscheidung auf den Augenblick, wo der Ersatzpflichtige in den Besitz der Sache gelangt.

Der Ersatzberechtigte kann jetzt noch die Wahl zwischen seiner Sache und der Ersatzsumme treffen; wählt er die Ersatzsumme, so ist er zur Uebereignung seiner Sache verpflichtet.[21]) Sibers Auffassung hat den Vorzug, daß sie einerseits die beiderseitigen Parteiinteressen berücksichtigt, andererseits wenigstens für den Zeitpunkt, in dem der Ersatzpflichtige den Besitz der Sache erlangt, eine endgültige Regelung trifft. Eine Bereicherung des Ersatzberechtigten, der gleichzeitig Ersatzsumme und Eigentum hat,[22]) wird vermieden.

Neuerdings wird neben diesen Auffassungen noch eine Ansicht vertreten, nach der § 255 BGB. weder zur Anspruchsabtretung noch zur Eigentumsübertragung verpflichtet, der Ersatzberechtigte ist nach dieser Auffassung nur verpflichtet, dem Ersatzleistenden eine Ermächtigung zur Geltendmachung seines Herausgabeanspruchs zu erteilen.[23])

Nach dieser Meinung besteht der Zweck des § 255 darin: Durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs soll nicht eine Bereicherung des Ersatzberechtigten vermieden werden, sondern vielmehr eine Bereicherung des Drittbesitzers der Sache. Der Ersatzberechtigte werde in den meisten Fällen nicht geneigt sein, seinen Herausgabeanspruch, der durch die Ersatzleistung nicht untergangen ist, geltend zu machen, da er bei erfolgreicher Geltendmachung seines Anspruchs die erlangte Ersatzsumme wieder herausgeben müsse. Andererseits habe gerade der Ersatzschuldner ein Interesse daran, den Herausgabeanspruch geltend zu machen, um die Sache zu erlangen und gegen deren Rückgabe an den Eigentümer die von ihm geleistete Ersatzsumme wieder zu erlangen.

Dieser Zweck des § 255 wird in der Tat durch eine Ermächtigung vollkommen erfüllt, denn die bei § 255 BGB. auftretenden Bereicherungsansprüche werden ja durch die §§ 812 ff vollkommen erfaßt.

Trotzdem ist diese Auslegung des § 255 für das geltende Recht abzulehnen. Wenn das Gesetz von Abtretung des Eigentümeranspruchs spricht, so ist das eben ein Zeichen dafür, daß das Gesetz die Abtretung dieses Anspruchs für möglich hält. Es muß als allzukühne Auslegung erscheinen, wenn man den in

[21]) (Planck)-Siber, § 255. Bem. 3, S. 112.
[22]) Kress, Allg. Schuldrecht, S. 292.
[23]) Ermisch, S 27 ff.

§ 255 ganz eindeutig gebrauchten Ausdruck „Abtretung" als Ermächtigung interpretieren möchte, bloß, weil an dieser Stelle eine Ermächtigung die gleichen Dienste leistet, wie die Abtretung.

Folgt man der Auffassung derer, die sich eng an den Wortlaut des Gesetzes halten und nur eine Abtretung des Eigentümeranspruchs fordern, oder der Meinung Sibers, beidemale führt § 255 BGB. zu einer selbständigen Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs.

Folgt man der Gegenmeinung, die eine Uebereignung der Sache verlangt, dann wird regelmäßig mit der Anspruchsabtretung die dingliche Einigung über den Eigentums-Uebergang verbunden sein.[24]) Eine Trennung von Eigentum und dinglichem Herausgabeanspruch tritt nicht ein, § 255 selbst bietet dann keinen Beweis dafür, daß die selbständige Abtretung des Eigentümeranspruchs nach bürgerlichem Recht zulässig ist. Es bliebe uns aber immer noch die Vorgeschichte des § 255, die deutlich dafür spricht, daß wenigstens zur Zeit der Abfassung des Gesetzes an der selbständigen Abtretbarkeit des Anspruchs keine Zweifel bestanden.

Der 1. Entwurf sah einen gesetzlichen Uebergang des Herausgabeanspruchs im Falle der Ersatzleistung vor, § 223 des 1. Entwurfs. Der selbständige Uebergang des Herausgabeanspruchs war damals so wenig zweifelhaft, daß er in den Motiven keinerlei Begründung erfuhr, dagegen heißt es dort: „Das Recht selbst übergehen zu lassen, wäre bei beweglichen Sachen schon wegen des Traditionsprinzips anomal und überhaupt bedenklich."

Aehnlich wie die Motive befassen sich die gutachtlichen Aeußerungen zum 1. Entwurf fast ausschließlich mit der Zweckmäßigkeit des gesetzlichen Forderungsüberganges,[25]) nur von einer Seite wird das durch den gesetzlichen Forderungsübergang hervorgerufene Auseinanderfallen von Eigentum und Eigentümeranspruch bemängelt.[26]).

Die Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs hat den gesetzlichen Anspruchsübergang in die Verpflichtung zu einer rechtsgeschäftlichen Abtretung umgewandelt, ohne die hier in Erscheinung tretende selbständige Abtretung einer eigenen Begründung wert zu erachten.

Die Stellungnahme der Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs ist um so lehrreicher, weil man damals nur eine selbständige Abtretung im Auge haben konnte; eine § 931 entsprechende Vorschrift wurde dem Entwurf erst durch die Kommission zur zweiten Lesung beigefügt.

[24]) (Enneccerus)-Lehmann, Schuldverh., S. 84, Anm. 16.
[25]) Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen, 2. Bd., S. 24
[26]) Seuffert in der Zusammenstellung S. 24.

Wenn auch § 255 bei der zuletzt genannten Auslegung für die Abtretbarkeit des Eigentümeranspruchs nicht herangezogen werden kann, so ist in diesem Falle die Entstehungsgeschichte wenigstens ein Zeichen dafür, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches gerade die selbständige Abtretung für zulässig hielten.

Daß dieser Standpunkt im Gesetzbuch seinen Niederschlag gefunden hat, zeigen die bereits behandelten §§ 931, 1032, wenn man schon § 255 dafür nicht verwerten will.

Zum Beweise der Abtretbarkeit des dinglichen Anspruchs hat Oertmann ferner § 265 ZPO. verwandt.

§ 265 I stellt der Veräußerung der in Streit befangenen Sache die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs gegenüber.

Soll diese Gegenüberstellung einen Sinn haben, so muß zwischen der Sachveräußerung und der Anspruchsabtretung ein Unterschied bestehen. Bei Geltendmachung des dinglichen Herausgabeanspruchs ist die Sache, deren Herausgabe verlangt wird, im Streit befangen. Läßt man eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs nur zum Zwecke der Eigentumsübertragung zu, so führt für den Eigentumsanspruch die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs und die Veräußerung der im Streit befangenen Sache zu dem gleichen Ergebnis.

Mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs muß die selbständige Abtretung gemeint sein, damit die Gegenüberstellung des § 265 I einen Sinn hat, „zumal der dingliche Anspruch ein Hauptfall des § 265 I ist, wenn der klagende Eigentümer seine Sache veräußert".[27]) Wolff hat hiergegen eingewandt, § 265 spreche von abtretbaren Ansprüchen, er ordne die Abtretbarkeit aber nicht selbst an.[28]) Eine Behauptung dieses Inhalts stellt Oertmann jedoch gar nicht auf, er verlangt nur, und darauf kommt es hier an, daß die Gegenüberstellung bei dinglichen Ansprüchen zu Tage treten müsse.

Hierfür fehlt es auch bei Oertmann an einem Beweis, aus dem Wortlaut des § 265 ist nichts zu entnehmen.

Das wichtigste Gegenstück zur Sachveräußerung ist die Abtretung einer Forderung. Wahrscheinlich hat das Gesetz nur diesen Gegensatz im Auge. Jedenfalls besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Abtretung mit dem Ziele der Eigentumsübertragung die Abtretung zur bloßen Besitzverschaffung entgegen gesetzt werden sollte. Nur dann wäre § 265 I ZPO. aber ein weiterer Beweis für die Abtretbarkeit des dinglichen Anspruchs, wenn die Richtigkeit von Oertmann's Behauptung nachweisbar wäre.

Die Reihe der Gründe für und wider die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, soweit sie aus der begrifflichen

[27]) Oertmann aaO. S. 60.
[28]) M. Wolff, § 84, Anm. 25, S. 280.

Gestaltung des dinglichen Anspruchs und der Anspruchsabtretung entnommen sind, sowie aus den positiven Gesetzesbestimmungen, ist beendet. Gegenüber der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Zulässigkeit einer selbständigen Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs können die aus der Natur des dinglichen Anspruchs hergeleiteten Bedenken gegen die Abtretung nicht überzeugen.

Man wird daher namentlich auf Grund der gesetzlichen Stellungnahme die Abtretung des dinglichen Herausgadeanspruchs für zulässig erachten müssen.

§ 5.

Eine Reihe von Bearbeitern der Streitfrage hat die begrifflichen Gründe und die angezogenen gesetzlichen Vorschriften nicht für hinreichend erachtet, die Frage zu lösen.[1])

Vor allem der Vorgang v. Tuhr's hat wohl dazu geführt, das Thema auch nach praktischen Gesichtspunkten zu erörtern.

Gerade von der praktischen Seite aus betrachtet, muß die Möglichkeit einer Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs unerläßlich erscheinen.

Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man sich den Zweck der Abtretung des Herausgabeanspruchs einmal klar vor Augen hält.

Mit der Abtretung wird in allen Fällen das Ziel verfolgt, dem Zessionar zu dem Besitz der Sache zu verhelfen, die Abtretung soll also immer die unmittelbare Besitzübertragung ersetzen.

Um diesen Zweck zu erreichen, ist es erforderlich, dem Zessionar eine möglichst sichere Stellung zu geben.

Denn nur wenn die Stellung des Zessionars dem Zedenten gegenüber in weitem Maße gesichert ist, wird im Rechtsverkehr von der Anspruchsabtretung Gebrauch gemacht werden. Anderenfalls wird sich niemand als Zessionar auf eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruches einlassen.

Daß aber von der Abtretung des Eigentümeranspruchs Gebrauch gemacht wird, daran hat in erster Linie der Eigentümer, der sich nicht im Besitze seiner Sache befindet, ein Interesse.

Denn solange der Eigentümer sich nicht im Besitze seiner Sache befindet, kann er seine Sache nur in der Weise verwerten, daß er einem anderen zu dem Besitze der Sache durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs verhilft, falls er nicht selbst das Herausgabeverlangen geltend machen will, woran er aber durch verschiedene Umstände verhindert sein kann, durch Krankheit, Reisen oder Geschäftsuntüchtigkeit.[2])

[1]) v. Tuhr, Unwiderrufl. Vollm., S. 89 ff. — Oertmann aaO. S. 65. — Walsmann, S. 79. — Wolff S. 288.
[2]) Oertmann aaO. S. 69, Anm. 40.

In allen diesen Fällen würde der Eigentümer durch Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht oder einer Ermächtigung dem anderen bereits die Möglichkeit geben, sich die Sache zu verschaffen.

Sowohl bei der Vollmacht, wie bei der Ermächtigung bleibt der Eigentümer aber selbst in der Lage, den Herausgabeanspruch geltend zu machen oder seine Sache zu veräußern, er kann, wenn es ihm beliebt, dritten Personen eine Vollmacht oder Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs erteilen. Der Ermächtigte nimmt also nicht nur die Mühe auf sich, das Herausgabeverlangen geltend zu machen, er ist gleichzeitig dauernd der Gefahr ausgesetzt, daß der Eigentümer seine Stellung in irgendeiner Richtung beeinträchtigt.[3])

Gegen derartige Eingriffe des Eigentümers ist der Ermächtigte nur durch Schadenersatzansprüche aus dem der Abtretung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis geschützt.

Das mag bei einer vertraglichen Abtretung einen gewissen Schutz gewähren, bei einer Anspruchspfändung wird der Schutz nicht ausreichen.

Der Vollstreckungsgläubiger hat bei der Anspruchspfändung die gleiche Stellung, die bei der rechtsgeschäftlichen Abtretung der Zessionar einnimmt, § 851 ZPO. Ist ein Recht nicht abtretbar, kann aber die Ausübung des Rechts einem anderen überlassen werden, so ist das Recht nur mit der Wirkung pfändbar, daß der pfändende Gläubiger die Stellung dessen erhält, dem die Ausübung des Rechts überlassen wurde. § 857 III ZPO.

Der Gläubiger, der den unabtretbaren Eigentumsanspruch gepfändet hat, ist einem zur Geltendmachung des Anspruchs Ermächtigten gleichgestellt, er ist also nur neben dem Eigentümer zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigt, der Eigentümer ist jederzeit zur Vereitelung der Stellung des Gläubigers in der Lage, er kann z. B. den Anspruch selbst erheben oder einen Dritten zur Geltendmachung ermächtigen.

Das heißt, daß die Pfändung des dinglichen Herausgabeanspruchs für den Gläubiger praktisch fast wertlos ist, um so mehr, als die sonst einen Ausgleich gewährenden Schadenersatzansprüche gegen den Vollstreckungsschuldner wohl selten Erfolg haben werden.

v. Tuhr hat an Hand dreier praktischer Fälle den Vorteil der unwiderruflichen Vollmacht vor Augen zu führen gesucht, bei der Behandlung der Tuhr'schen Fälle wird der Unterschied der beiden einander gegenüberstehenden Meinungen offen hervortreten. Bereits Oertmann ist auf diese Fälle näher eingegangen,[4]) sie sollen auch hier noch einmal kurz behandelt werden.

[3]) Oertmann aaO. S. 73.
[4]) Oertmann aaO. S. 65.

1. Die Sache des Eigentümers A befindet sich bei X. A vermietet die Sache an B und überläßt ihm, sich die Sache bei X abzuholen,[5]), d. h. A tritt dem B seinen dinglichen Herausgabeanspruch gegen X ab. Wenn jetzt B den abgetretenen Anspruch nicht geltend macht und sich nicht um die Mietsache kümmert, was kann A tun?

Durch die Abtretung seines Eigentumsanspruchs hat A sich des Anspruchs begeben, er kann ihn daher nicht mehr selbst geltend machen. v. Tuhr's erstes Bedenken geht dahin: Soll der Eigentümer, um die Sache von X herausverlangen zu dürfen, erst durchsetzen müssen, daß ihm B die Vindikation zurückzediert?

Daß für A die Möglichkeit besteht, sich den Anspruch von B rückübertragen zu lassen, räumt v. Tuhr ein.

Bei vernünftiger Auslegung des Mietvertrages wird man dem A ferner das Recht zubilligen, daß er von B die ordnungsmäßige Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs verlangen kann.[6]) Damit ist der Vermieter ausreichend geschützt, zumal für einen praktisch so geringwertigen Fall auch eine etwas umständliche Lösung genügen muß.

v. Tuhr's zweiter Einwand lautet: „Würde man X, wenn A gegen ihn vorgeht, erlauben einzuwenden, daß A die Sache an B vermietet hatte, der doch an der Sache weder mittelbaren, noch unmittelbaren Besitz erlangt hat?"

Nicht die Tatsache des nur zwischen A und B wirkenden Mietvertrages ist es, die dem X gegenüber dem Vorgehen des A einen Einwand verschafft, sondern die Anspruchsabtretung ist der Grund hierfür. Durch die Abtretung hat B das alleinige Recht erhalten, Herausgabe zu verlangen. A ist nicht mehr berechtigt, den Herausgabeanspruch geltend zu machen.

M. Wolff hat den Fall dahin weitergeführt, es könne sich auch um eine Pfändung des Herausgabeanspruchs handeln.[7])

Hier schützt das Gesetz selbst den Eigentümer gegenüber einer Nachlässigkeit des vollstreckenden Gläubigers.

Der Gläubiger ist dem Schuldner zur Einziehung des gepfändeten Anspruches verpflichtet, § 842 ZPO.

Im übrigen ist dieser Fall praktisch wohl noch seltener als der von v. Tuhr gebildete. Es ist eine ziemlich ungewöhnliche Vorstellung, daß jemand, der einen vollstreckbaren Titel in der Hand hat — also bereits längere Zeit auf sein Geld wartet — sich dann noch die Umstände und Kosten einer Anspruchspfändung macht, um dann den gepfändeten Anspruch nicht einzuziehen.

[5]) v. Tuhr, Unwiderrufl. Vollm. S. 89.
[6]) Oertmann aaO. S. 65.
[7]) M. Wolff, § 84, Anm. 25, S. 288.

2. Dem Recht der Zwangsvollstreckung ist folgendes Beispiel entnommen:

Ein Gläubiger des A will die Sache pfänden, sieht sich aber daran gehindert, weil X zur Herausgabe nicht bereit ist, § 809 ZPO. Wenn die Vindikation des A an B wirklich zediert wäre, könnte der Gläubiger diesen dem A nicht mehr zustehenden Anspruch nicht pfänden, er hätte keine Möglichkeit, aus der immer noch A gehörenden Sache Befriedigung zu suchen.[8])

Oertmann verweist hier den Gläubiger auf die Pfändung des künftigen dinglichen Herausgabeanspruchs des A gegen B, sowie des künftigen persönlichen Herausgabeanspruchs aus dem Mietverhältnis, § 556 BGB.

Damit soll das Mietverhältnis zwischen A und B den ihm gebührenden Schutz finden.[9])

Die Frage ist, ob dieser Schutz dem Mietverhältnis wirklich gebührt. Der Mieter einer beweglichen Sache findet gegenüber dem Herausgabeverlangen des Eigentümers Schutz, sobald er den Besitz der Sache erlangt hat, § 986 I BGB.

v. Tuhr hat aus dem Umstand, daß der Mieter B den Besitz der Sache noch nicht erlangt hat, entnommen, daß B keinen Schutz beanspruchen könne. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht darum, den Mieter gegenüber dem Herausgabeverlangen des Eigentümers zu schützen. Der Herausgabeanspruch kann nicht gegen B geltend gemacht werden, weil B noch gar nicht im Besitze der Sache ist. Es geht nicht an, aus § 986 ganz allgemein die Behauptung abzuleiten, der Mieter sei gegenüber dem vermietenden Eigentümer immer erst geschützt, wenn er den Besitz der Sache erlangt habe.

B ist aus dem Grund geschützt, weil ihm der Herausgabeanspruch abgetreten ist und die Abtretung zur Folge hat, daß der Zessionar Alleininhaber des abgetretenen Anspruchs wird. Die praktische Wirkung der Abtretung des Eigentumsanspruches kommt hier allerdings einer Besitzüberlassung gleich.

Oertmann hat gegenüber v. Tuhr's Bedenken, die Sache sei damit der Zwangsvollstreckung entrückt, richtig darauf hingewiesen, daß sie nur in demselben Maße der Vollstreckung entrückt sei, wie sie durch eine Besitzüberlassung der Pfändung zeitweise entzogen wäre.[10])

Der Gläubiger des A muß sich daher tatsächlich mit der Pfändung der künftigen Ansprüche des A begnügen.

3. Ein weiteres Beispiel hat v. Tuhr aus dem Konkursrecht gebildet.[11])

[8]) v. Tuhr aaO. S. 91.
[9]) Oertmann aaO. S. 66/67.
[10]) Oertmann aaO. S. 66.
[11]) v. Tuhr aaO. S. 91.

A hat B erlaubt, seine bei X befindliche Sache von X zu verlangen. A verfällt darauf in Konkurs. Die Sache gehört noch zur Konkursmasse, da A noch ihr Eigentümer ist. Mit welchem Recht kann der Konkursverwalter die Sache von X herausverlangen, wenn A seinen Herausgabeanspruch wirklich abgetreten hat? Oertmann hat vom Standpunkt der Abtretbarkeit die Frage folgendermaßen beantwortet:

Der Konkursverwalter habe die gleichen Rechtsbehelfe, die ihm gegen B zustünden, wenn er bereits Besitzer der Sache wäre.[12]) Dabei lassen Oertmanns Ausführungen nicht erkennen, ob er in der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspuches ein „Ueberlassen" im Sinne des § 21 KO. sieht, oder ob er aus einem anderen Grunde zu seiner Lösung gelangt.

Ueberlassen ist die Verschaffung der gegenwärtigen Möglichkeit des vertragsmäßigen Gebrauchs eines Gegenstandes.[13])

Bei einer beweglichen Sache wird die gegenwärtige Möglichkeit des vertragsmäßigen Gebrauchs nur durch Uebertragung des unmittelbaren Besitzes verschafft. der Mieter, dem bloß der Herausgabeanspruch abgetreten wurde, ist damit noch nicht in die Lage versetzt, von der vermieteten Sache den vertragsmäßigen Gebrauch zu machen.

Es ist daher nicht möglich, in der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs auf eine bestimmte Sache ein Ueberlassen dieser Sache zu erblicken. Auf § 21 KO. läßt sich Oertmanns Auffassung nicht stützen.

Es bleibt zur Begründung nur § 17 KO. § 17 KO. kann bei einem zweiseitigen Vertrage Anwendung finden, wenn beide Parteien den Vertrag noch nicht erfüllt haben. Ist der Vertrag nur von einer Seite erfüllt, so ist die Heranziehung des § 17 KO. ausgeschlossen.[14])

Die Frage, ob der Vermieter mit der Abtretung des Eigentumsanspruchs seine vertragsmäßigen Pflichten erfüllt hat, wird man wohl ebenso verneinen müssen, wie es abgelehnt wurde, in der Abtretung ein „Ueberlassen" der Sache zu sehen. Vermieterpflicht ist es, dem Mieter den Gebrauch der Sache zu verschaffen. Diese Pflicht ist erst erfüllt, wenn der Mieter in der Lage ist, den Gebrauch unmittelbar auszuüben. Der Zessionar des Herausgabeanspruchs ist aber noch weit entfernt, die Sache in Gebrauch nehmen zu können, eine Erfüllung des Mietvertrages liegt also erst vor, wenn der Zessionar den Besitz der Sache erlangt hat.

Auf der anderen Seite führt die Wirkung der Anspruchsabtretung dazu, daß der Vermieter auf die Erfüllung seiner Pflichten nicht mehr einwirken kann.

[12]) Oertmann aaO. S. 67.
[13]) Jäger. Konkurs-Ordnung, § 19, Anm. 4, 1. Bd., S. 366.
[14]) Jäger, Konkurs-Ordnung, § 17, Anm. 10, 1. Bd., S. 304.

Der Konkursverwalter kann infolgedessen von seinem Wahlrecht nach § 17 KO. keinen Gebrauch machen, vor allem kann er nicht mehr die Nichterfüllung des Vertrages wählen, denn die Erfüllung des Vertrages geht ohne sein Zutun vor sich. Die Endwirkung ist auch hier wieder, daß der Konkursverwalter gebunden ist, als ob B bereits im Besitze der Sache wäre. Auch hier ist Oertmanns Lösung zuzustimmen.

Die letzten beiden Fälle haben gezeigt, daß die Stellung des Zessionars in ihrer Selbständigkeit gegenüber dem Zedenten zeitweise der Stellung eines Besitzers gleichkommt.

Das ist kein Nachteil, sondern ein Vorteil gegenüber den Lösungen v. Tuhr's. Bei v. Tuhr wird das Recht des Mieters in jedem Fall vereitelt. Wer wird sich als Mieter auf eine derartige unsichere Stellung einlassen?

Den Schaden trägt im Endergebnis der Eigentümer, denn ihm wird es unmöglich gemacht, seine Sache, die er augenblicklich nicht im Besitz hat, anders als durch Veräußerung zu verwerten.

Es ist schon kurz angedeutet worden, daß der Unterschied beider Theorien über die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs bei der Pfändung des Anspruchs besonders hervortritt.[15])

Die Pfändung des Eigentümeranspruchs macht keine Schwierigkeiten, wenn man die Möglichkeit einer Abtretung des Anspruchs anerkennt. Die Stellung des vollstreckenden Gläubigers, der den dinglichen Herausgabeanspruch gepfändet hat, gleicht dann der eines Zessionars dieses Anspruchs. § 851 ZPO.

Schwieriger ist es, wenn man die Abtretbarkeit des dinglichen Anspruchs leugnet.

Von den Vertretern dieser Auffassung ist die Pfändbarkeit des Herausgabeanspruchs auf verschiedene Weise begründet worden. Die Möglichkeit der Pfändung ist einmal auf eine analoge Anwendung des § 851 ZPO. gestützt worden.[16]) Analoge Anwendung des § 851 II ZPO. setzt voraus, daß die Unmöglichkeit, den dinglichen Herausgabeanspruch abzutreten, auf ähnlichen rechtlichen Gründen beruht, die eine Forderungsabtretung im Falle des § 399 BGB. ausschließen.[17])

Eine analoge Anwendung des § 851 II auf die Pfändbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs ist aber gerade dann ausgeschlossen, wenn man sich die Gründe v. Tuhr's zu eigen macht, die er gegen eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs angeführt hat. Der dingliche Anspruch ist nach v. Tuhr ein

[15]) Heck, S. 494.
[16]) v. Tuhr aaO. S. 90. Ermisch aaO. 25. — Mayer aaO. S. 298.
[17]) Nipperdey S. 154: Analogie ist die Anwendung der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf rechtsähnliche Fälle.

Schutzmittel des Eigentums. Die Unzulässigkeit, diesen Anspruch abzutreten, soll zugunsten des Eigentums als einer zweckmäßigen Rechtseinrichtung verhindern, daß der Eigentumsanspruch von dem Eigentum getrennt und damit ein der Rechtsordnung widersprechender Zustand geschaffen wird.

Die Rücksichtnahme auf ganz allgemeine Interessen ist es also, die eine Abtretung des Eigentümeranspruchs verbietet.

In dem entsprechenden Fall des § 399 ist die Abtretung einer Forderung nicht zugelassen, weil durch die Abtretung eine Veränderung des Leistungsinhalts der Forderung einträte, die dem Schuldner nicht zugemutet werden kann. Das Einzelinteresse des Schuldners ist hier die Ursache für die Unzulässigkeit der Forderungsabtretung.

§ 851 II ZPO. setzt das Interesse des Schuldners gegenüber dem Interesse des Vollstreckungsgläubigers an seiner Befriedigung zurück, wenn die Forderung auf eine pfändbare Leistung geht. In diesem Fall muß sich der Schuldner die Uebertragung der Forderung auf den Gläubiger gefallen lassen.

Während es in § 851 II ZPO. nur Einzelinteressen sind, die dem Interesse des pfändenden Gläubigers weichen müssen, würde eine Pfändung des dinglichen Anspruchs bedeuten, daß die im allgemeinen Interesse bestehende Unzulässigkeit der Abtretung des Eigentumsanspruchs zugunsten eines einzelnen beseitigt würde. Daß eine Rechtsähnlichkeit zwischen beiden Fällen vorhanden ist, wird man schwerlich behaupten können, eine analoge Anwendung des § 851 II ZPO. auf die Pfändung des Eigentümeranspruchs ist deshalb nicht möglich.

Die analoge Anwendung des § 851 II ist aber nicht nur für den ausgeschlossen, der mit der Begründung v. Tuhr's die Abtretbarkeit des dinglichen Anspruchs leugnet, sondern für jeden, der die Abtretbarkeit aus begrifflichen Gründen ablehnt, denn es geht nicht an, die Abtretung einmal für begrifflich unmöglich zu erklären und dann die Abtretung zuzulassen, wenn sie im Wege der Anspruchspfändung erfolgt. Ist die Abtretung begrifflich unzulässig, dann ist sie immer unzulässig, ohne Rücksicht darauf, ob die Abtretung durch Rechtsgeschäft oder durch Gerichtsbeschluß erfolgt.

Eine zweite Möglichkeit, den nicht abtretbaren dinglichen Anspruch zu pfänden, ergibt sich aus § 857 III ZPO.[18]

§ 857 III läßt eine Pfändung von Rechten zu, die zwar nicht abtretbar sind, aber der Ausübung nach einem anderen überlassen werden können.

Allerdings ist auch § 857 III nicht unmittelbar anwendbar, denn das Recht, das in unserem Fall zur Ausübung überlassen

[18]) Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs wird im allgemeinen auf § 857 III ZPO gestützt. — Güthe-Triebel, § 14, Anm. 29, S. 324. — Volmer, Gruch. Beitr. 59, S. 639. — Kretzschmar, Recht 03, S. 330.

wird, kann nur der Herausgabeanspruch sein. Der Herausgabeanspruch ist aber kein selbständiges Recht, er ist nur eine Erscheinungsform des Eigentums, er ist das Eigentum selbst, sodaß also nach dieser Auffassung tatsächlich das Eigentum zur Ausübung überlassen wird.

Auf das Eigentum kann § 857 III wiederum nicht angewandt werden, weil das Eigentum ja ein veräußerliches Recht ist. Die Heranziehung des § 857 III ZPO. auf die Pfändung des dinglichen Anspruchs kann daher nur eine durch das praktische Bedürfnis geforderte Notlösung darstellen.

Daß auch die Wirkung einer Pfändung auf Grund des § 857 III, die dem Vollstreckungsgläubiger die Stellung eines zur Geltendmachung des Anspruchs Ermächtigten verleiht, hinter einer Pfändung, die dem Gläubiger die Rechte eines Anspruch-Zessionars verleiht, zurückbleibt, ist schon oben betont worden.

Angesichts der praktischen Vorzüge, die eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs gegenüber den anderen Lösungen bietet, namentlich in Hinsicht auf die Pfändung des dinglichen Herausgabeanspruchs, kann an der Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs für uns kein Zweifel bestehen, nachdem auch die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches den entgegenstehenden begrifflichen Bedenken jede Grundlage nimmt.

§ 6.

Die Wirkung der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs ist bereits kurz dargestellt worden, soweit dies zum Verständnis der Gründe gegen die Abtretung des dinglichen Anspruchs erforderlich war.

Es ist dabei schon hervorgehoben worden, daß die Abtretung in dreifacher Richtung wirkt, gegen den Zessionar, den Zedenten und den Herausgabeschuldner.

Der Zessionar wird durch die Abtretung berechtigt, den abgetretenen Anspruch im eigenen Namen allein zu erheben.

Der Zessionar erhält zunächst nur den gerade bestehenden Anspruch.

Entäußert sich der Besitzer freiwillig des Besitzes der Sache oder verliert er den Besitz der Sache ohne seinen Willen, so ist der Herausgabeanspruch gegen ihn erloschen. Ob der Zessionar gegen den neuen Besitzer vorgehen kann, hängt davon ab, ob dieser den Besitz auf Grund rechtsgeschäftlicher Willenseinigung mit dem Vorbesitzer erlangt hat oder ob zwischen dem Besitz des Nachfolgers und dem des Vorgängers keinerlei Zusammenhang besteht. Im ersten Fall kann man in Uebereinstimmung mit der Ausdrucksweise des Gesetzes davon sprechen, daß eine „Rechtsnachfolge" in den Besitz stattgefunden hat. Vgl. §§ 943, 999 I, 221 BGB.

Die Frage, ob der Besitz als ein Recht oder nur als ein tatsächliches Verhältnis zu einer Sache anzusehen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Für uns genügt die Feststellung, daß das Gesetz den Nachbesitzer, der den Besitz auf Grund eines Rechtsgeschäfts erlangt hat, als Rechtsnachfolger des Besitzvorgängers behandelt. Ebenso, wie der Besitz bei beiden Besitzern als ein Besitz betrachtet wird, werden auch die Herausgabeansprüche gegen Vor- und Nachbesitzer als ein Anspruch behandelt. § 221 BGB.

Die Folge ist, daß der Zessionar, dem der gegenwärtige Herausgabeanspruch abgetreten wurde, mit dem Anspruch gegen den „Rechtsnachfolger" im Besitz vorgehen kann.[1])

Besteht zwischen dem Besitz des Vorgängers und des Nachbesitzers kein Zusammenhang, — der Nachbesitzer hat die Sache durch Diebstahl oder Fund erlangt — dann ist der Zessionar, dem nur der augenblickliche Herausgabeanspruch abgetreten wurde, dem neuen Besitzer gegenüber machtlos.

Hier wird die Frage der Abtretbarkeit künftiger dinglicher Herausgabeansprüche wichtig.

Die Abtretung künftiger Ansprüche ist fast allgemein zugelassen, die Zulässigkeit ist auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannt.[2])

An der Abtretbarkeit künftiger Ansprüche nach geltendem Recht zu zweifeln, besteht kein Anlaß, da das Bürgerliche Gesetzbuch selbst Verfügungen über künftige Forderungen erwähnt und ihre Gültigkeit voraussetzt. Vgl. §§ 537, 574, 1113 II, 1204 II BGB.[3])

Die Abtretbarkeit künftiger Ansprüche wird übereinstimmend davon abhängig gemacht, daß der Anspruch im Zeitpunkt der Abtretung bereits genügend bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist.[4]) Welche Anforderungen an die Bestimmbarkeit eines Anspruchs zu stellen sind, wird dabei in den meisten Fällen nicht erwähnt.

Oertmann hat für die Bestimmbarkeit künftiger dinglicher Herausgabeansprüche verlangt, daß ein bestimmter Anspruchsgegner vorhanden sei. Nur in diesem Rahmen will er die Abtretung künftiger dinglicher Ansprüche zulassen.[5])

Die Abtretung künftiger Eigentumsansprüche würde auf diese Weise praktisch unmöglich gemacht. Die Fälle, in denen

[1]) Oertmann aaO. S. 86. — Hellwig, Lehrbuch, § 31, 1b, ß. — Weiskopf Würzburger Abhandlungen, Heft 7, S. 38.
[2]) RG 55 S. 334, 58 S. 71, 67 S. 167, 74 S. 82, 90 S. 238, 136 S. 100, JW 1911 S. 576.
[3]) Grünebaum DJZ 05, S. 801.
[4]) Oertmann aaO. S. 77 Komm., 2. B., 1. Abt., § 398, 1g, S. 443. — (Planck)-Siber, § 398 4bß S. 556. — (Staudinger)-Werner, § 398 I 2, 2. Bd., S. 791. — Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 655.
[5]) Oertmann aaO. S. 77.

der Zessionar an einer Abtretung künftiger Ansprüche Interesse hat, sind ja gerade die, wo der Besitzer selbst den Nachfolger nicht kennt, es sind die Fälle, in denen der Nachbesitzer den Besitz durch Diebstahl, Fund oder auf ähnliche Weise erlangt. Zu einer Abtretbarkeit der künftigen Herausgabeansprüche gegen derartige Besitzer gelangt man, wenn man der Auffassung des Reichsgerichts über die Bestimmbarkeit künftiger Ansprüche folgt.

Nach der Entscheidung RG. Bd. 136 S. 100 steht es der Bestimmbarkeit eines Anspruches nicht entgegen, daß im Zeitpunkt der Abtretung die Person des Schuldners noch nicht bezeichnet werden kann, es genügt, wenn dies im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Abtretungserklärung möglich ist.[6])

Die Auffassung des Reichsgerichts führt für die Abtretbarkeit künftiger dinglicher Ansprüche allein zu brauchbaren Ergebnissen, man wird daher die Abtretung künftiger Herausgabeansprüche in dieser Begrenzung zulassen müssen.

Der Zessionar ist in der Lage, den Herausgabeanspruch weiterzuzedieren mit der Wirkung, daß der neue Zessionar in die gleiche Stellung eintritt, die sein Vorgänger hatte; die Abhängigkeit von dem Eigentum, aus dem der Anspruch hervorgegangen ist, kann jedoch auch durch die neuerliche Zession nicht beseitigt werden.

Der zedierende Eigentümer entäußert sich durch die Abtretung seines Anspruchs, eine vollständige Trennung von Eigentum und Anspruch tritt aber nicht ein, vor allem ist der Eigentümer bei unbeweglichen Sachen noch zur Veräußerung der Sache in der Lage, da bei Grundstücken die Eigentumsübertragung durch Einigung und Eintragung der Uebereignung in das Grundbuch erfolgt. Vgl. §§ 873, 925 BGB.

Oertmann wirft die Frage auf: Wird der Mieter oder Pächter eines Grundstücks der drohenden Gefahr einer anderweitigen Vermietung schon durch bloße Anspruchsabtretung als solche enthoben?[7])

Es kommt darauf an, ob die anderweitige Vermietung von dem alten oder einem neuen Eigentümer vorgenommen wird.

Dem alten Eigentümer gegenüber ist der Mieter geschützt durch die Anspruchsabtretung, einem anderen könnte der Anspruch nicht noch einmal abgetreten werden.

Einem neuen Eigentümer gegenüber ist der Mieter nicht geschützt, weil sein Anspruch mit dem Eigentumsverlust des Zedenten erloschen ist. Weil der Herausgabeanspruch des Zessionars erloschen ist, kann die Frage gar nicht entstehen, ob bereits in der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs ein

[6]) v. Tuhr, Verfügung über künftige Forderungen, DJZ 04, S. 429, anscheinend jetzt auch Oertmann Komm. § 398 1g, S. 443.
[7]) Oertmann aaO. S. 73.

„Ueberlassen" der Sache im Sinne des § 571 BGB. gelegen ist, man müßte denn schon § 571 entsprechend in der Weise anwenden, daß man das Erlöschen des abgetretenen Anspruchs leugnete.

Erlangt der Eigentümer den Besitz seiner Sache wieder, so erlischt der Herausgabeanspruch, mit dem Eintreten des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes ist kein Platz mehr für einen dinglichen Herausgabeanspruch.

Die Streitfrage des Gemeinen Rechts, ob hier der Zessionar mit dem Eigentumsanspruch gegen den Eigentümer selbst vorgehen könne, ist für das geltende Recht ohne Bedeutung; § 985 BGB. läßt den Herausgabeanspruch nur bestehen, solange Eigentümer und Besitzer verschiedene Personen sind.

Der Zessionar des Herausgabeanspruchs kann freilich auch von dem Eigentümer Herausgabe der Sache verlangen, nur nicht mit dem dinglichen Herausgabeanspruch, sondern mit einem aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrage fließenden persönlichen Herausgabeanspruch.[8])

Der Besitzer der Sache ist dem Zessionar gegenüber zur Herausgabe der Sache verpflichtet.

Entäußert sich der Besitzer freiwillig des Besitzes der Sache, so wird man Schadenersatzansprüche des Zessionars gegen den Besitzer nur zulassen, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB. gegeben sind; aus § 823 I BGB. kann der Zessionar keine Ansprüche herleiten, weil er durch die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchse kein absolutes Recht an der Sache erlangt hat, das durch die Besitzentäußerung verletzt wäre.

Höchstens der Eigentümer selbst könnte auf Grund des § 823 I von dem Besitzer Schadenersatz verlangen.[9])

§ 7.

Das Interesse des nichtbesitzenden Eigentümers an der Verwertung seiner Sache ist von den Gegnern der Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs in der Weise befriedigt worden, daß sie die Abtretung in eine Ermächtigung zur Geltendmachung des dem Eigentümer verbleibenden Anspruchs umdeuten.

Die Ermächtigung zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs soll praktisch zu den gleichen Ergebnissen führen wie die Abtretung dieses Anspruchs, gleichzeitig soll sie die dogmatischen Schwierigkeiten vermeiden, die der Abtretung des dinglichen Anspruchs entgegenstehen.

Daß die Ermächtigung — praktisch angewandt — in der Wirkung der Abtretung nicht gleichkommt, haben wir bereits

[8]) Oertmann aaO. S. 84. — Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 195, Note 130.

[9]) Oertmann aaO. S. 83.

feststellen können. Es bleibt daher jetzt folgende Frage zu untersuchen: Stößt die Ermächtigung zur Geltendmachung des dinglichen Herausgabenanspruchs auf keinerlei begriffliche Schwierigkeiten und ist sie aus diesem Grunde der Abtretung des dinglichen Anspruchs vorzuziehen?

Die Ermächtigung zur Geltendmachung eines Anspruchs, die sogenannte Einziehungsermächtigung, wird im Rechtsleben häufig verwandt, sie ist von Rechtssprechung und Rechtslehre schon vielfach erörtert worden.[1]) In diesen Erörterungen werden weniger Zweifel über die praktische Notwendigkeit einer Einziehungsermächtigung laut, Uneinigkeit besteht vielmehr über die Rechtsgrundlagen der Einziehungsermächtigung.

Es wird vielfach behauptet, die Ermächtigung zur Einziehung eines Anspruchs sei keine eigene Rechtsfigur, sondern ein Fall der Einwilligung nach § 185 I BGB.[2]) sie enthalte also nur die Einwilligung zur Verfügung eines Nichtberechtigten über den Anspruch des Berechtigten, wobei die Einziehung des fremden Anspruchs die Verfügung darstellt. Bevor wir auf diese Behauptung eingehen, ist es notwendig, sich die Wirkung der Ermächtigung zur Geltendmachung eines Anspruchs klar zu machen.

Die Ermächtigung durch den Anspruchsberechtigten verleiht dem Ermächtigten die Macht, den fremden Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen und die Leistung entgegenzunehmen. Der Anspruchsgegner darf nicht nur, er ist verpflichtet, an den Ermächtigten zu leisten. Allerdings enthält die Ermächtigung keine Abtretung des Anspruchs, aus diesem Grunde bleibt der Machtgeber immer selbst Anspruchsberechtigter, der Schuldner wird also auch durch Leistung an ihn von seiner Schuld frei. Dem Schuldner steht nach wie vor nur ein Gläubiger gegenüber, lediglich zur Einziehung der Forderung sind mehrere Personen berechtigt.

Die rechtliche Zulässigkeit einer Ermächtigung mit derartigen Wirkungen darzutun, ist namentlich vom Reichsgericht mit verschiedenen Begründungen versucht worden.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist herangezogen worden sowie die §§ 1282 BGB. 835, 836 ZPO.[3])

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit hat indessen nur auf dem Gebiete des Schuldrechts unbeschränkte Geltung, bei der Ermächtigung zur Einziehung von Forderungen handelt es sich um Verfügungen nicht um Verpflichtungen, der Grundsatz der Vertragsfreiheit kann deshalb in diesem Falle zur Begründung nicht verwandt werden.[4])

[1]) vgl. insbesondere Siebert: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 253 ff. — RG Bd. 73 S. 306, 78 S. 87, 117 S. 72, 133 S. 241.
[2]) (Enneccerus)-Nipperdey S. 627 — (Enneccerus)-Lehmann S. 290.
[3]) RG Bd. 73 S. 306, 78 S. 87. — Mende Dogm. Jahrb. Bd. 70 S. 158
[4]) Motive Bd. 3 S. 77, Förster-Kann ZPO 1. Bd. S. 169 — (Planck)-Siber S. 552. — Seuffert-Walsmann ZPO 1. Bd. S. 86.

Ebensowenig läßt sich die Stellung des Pfandgläubigers in den §§ 1282 BGB. 835, 836, ZPO. als gesetzliches Vorbild für die Stellung des Ermächtigten betrachten.

In den §§ 1282 BGB. 835, 836 ZPO. ist der rechtsgeschäftliche bzw. der Pfändungs-Pfandgläubiger auf Grund eigenen Rechts allein zur Einziehung der Forderung in der Lage, der Ermächtigte dagegen ist nur auf Grund der Machterteilung durch den wahren Berechtigten neben diesem zur Einziehung berechtigt.

Der Unterschied wird besonders deutlich durch die §§ 1285 BGB. 842 ZPO., die den Pfandgläubiger zur Einziehung verpflichten, diese Vorschriften wären überflüssig, wäre der Pfandgläubiger nur neben dem Forderungsgläubiger zur Einziehung berechtigt.

Da sich mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sowie mit dem Vorgang der §§ 1282 BGB. 835, 836 ZPO. die rechtliche Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung nicht begründen läßt, ist man jetzt im allgemeinen bemüht, die Einziehungsermächtigung aus § 185 I BGB. zu rechtfertigen.[5])

§ 185 I BGB. bezieht sich seinem Wortlaut nach auf Verfügungen eines Nichtberechtigten, diese Verfügungen sind wirksam, falls sie mit Einwilligung des Berechtigten vorgenommen werden. Bei der Verfügung über eine Forderung durch Einziehen der Forderung ist im allgemeinen nicht das Einziehen allein, sondern gerade die Vorbereitung der Einziehung, eben die Geltendmachung von Wichtigkeit, namentlich falls es sich um Geltendmachung im Wege des Prozesses handelt.

Folgende Frage entsteht hier: Erfaßt die Einwilligung nach § 185 I auch das Tun des Nichtberechtigten, das auf die Vorbereitung der Verfügung gerichtet ist, oder greift die Einwilligung erst ein, wenn das Tun des Nichtberechtigten zu einer Verfügung geführt hat, muß sich der Schuldner die Geltendmachung durch einen Nichtberechtigten gefallen lassen und muß er dem Nichtberechtigten leisten, falls dieser mit Einwilligung des wahren Gläubigers vorgeht, oder ist er dem Ermächtigten gegenüber nur zur Leistung berechtigt aber nicht rechtlich verbunden.[6])

Für uns kann kein Zweifel daran bestehen, daß § 185 I nur eine reine Verfügungseinwilligung enthält, die Einwilligung durch den Berechtigten kann dem Handeln des Nichtberechtigten Wirksamkeit erst verleihen, wenn es zu einer Verfügung durch den Nichtberechtigten gekommen ist. Das Gesetz selbst bezeichnet den Handelnden als Nichtberechtigten, selbst wenn er mit Einwilligung des Berechtigten tätig wird, daraus kann man immerhin entnehmen, daß nach der Auffassung des

[5]) Siebert aaO. S. 253. — (Enneccerus)-Lehmann S. 290.
[6]) Siebert aaO. S. 266.

Gesetzes durch die Einwilligung noch keinerlei Recht übertragen wird. Deshalb spricht auch Siebert, der für die weitergehende Wirkung der Einwilligung eintritt hier nicht von Uebertragung eines Rechts, sondern von Uebertragung einer Machtstellung.[7]) Dann bleibt aber die neue Schwierigkeit, wie ist es nach geltendem Recht möglich, eine von dem zugrunde liegenden Recht isolierte Machtstellung zu übertragen? Diese Schwierigkeit wird auch von Siebert nicht gelöst.

Steht aber das Handeln eines Nichtberechtigten in Frage, dann kann die Einwilligung des wahren Rechtsinhabers diesem Handeln Wirksamkeit erst für den Augenblick verleihen, wo das Handeln des Nichtberechtigten unmittelbar in den Rechtskreis des Berechtigten eingreift. Von einem derartigen unmittelbaren Eingriff kann man erst sprechen, wenn es durch das Handeln des Nichtberechtigten zu einer Verfügung über ein Recht des Berechtigten gekommen ist, es fehlt der Einwilligung nach § 185 I jedoch die Kraft, auch dem der Verfügung vorhergehenden Tun eines Nichtberechtigten Wirksamkeit Dritten gegenüber zu verschaffen.

Kann die Ermächtigung zur Geltendmachung eines Anspruchs nicht auf § 185 I BGB. gestützt werden,[8]) so ist weiter zu prüfen, ob nicht Rechtsätze anderer Art geeignet sind, eine Rechtsgrundlage für die Ermächtigung zu bilden.

Eine Reihe von Gesichtspunkten schuldrechtlicher Art sind von Lehmann angeführt worden, die neben § 185 I die Zulässigkeit der Ermächtigung insbesondere dem Schuldner gegenüber dartun sollen.[9])

Lehmann leitet die Verpflichtung des Schuldners dem Ermächtigten gegenüber aus einem teilweisen Eintritt des „Zessionars" in die Rechtsstellung des Gläubigers her, während er kurz vorher die Wirkung einer Zession mit beschränkter Wirkung dahin festgelegt hat, daß die Forderung bei einer Zession mit beschränkter Wirkung in Wahrheit vollständig dem Zedenten verbleibe.

Folgende Fälle sind bei Lehmann nicht scharf genug unterschieden:

1. Der Gläubiger behält alle seine Rechte, auch das Recht der Einziehung seiner Forderung. Der Ermächtigte ist nur neben dem Gläubiger zur Einziehung berechtigt, das Einziehungsrecht wird also vervielfacht aber nicht von dem Gläubiger getrennt.

2. Der Gläubiger behält zwar das Forderungsrecht für sich, er überträgt nur das Recht, seine Forderung einzuziehen, einem

[7]) Siebert aaO. S. 266 ff.
[8]) RG Bd. 117 S. 72. — Löbl Arch. civ. Pr. Bd. 129 S. 281.
[9]) (Enneccerus)-Lehmann S. 290.

anderen; hier wird das Forderungsrecht geteilt, es tritt die von Siber so bekämpfte Spaltung des Gläubigerrechts ein.[10])

Nur in dem zweiten Falle könnte man von einem Eintritt des „Zessionars" in die Stellung des Gläubigers sprechen, in dem ersten Falle tritt der Ermächtigte nicht in die Stellung des Gläubigers ein, sondern nur neben den Gläubiger.

Daß die Ermächtigung zur Einziehung nur eine Vervielfältigung des Einziehungsrechts zur Folge hat, kommt besonders klar in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 133 S. 241 zum Ausdruck; dort heißt es: „Der Gläubiger, der einem anderen eine Ermächtigung zur Einziehung erteilt, behält trotzdem die vollen Gläubigerrechte in seiner Person."

Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, wenn Lehmann, der selbst die Vervielfältigung des Einziehungsrechts im Auge hat, von einem Eintritt in die Rechte des „Zedenten" spricht.

Bei einer derartigen Stellung des „Zessionars" ist es überhaupt unzweckmäßig, von Zession zu sprechen.[11]) Denn nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches ist Abtretung immer die Uebertragung einer Befugnis zu alleinigem Gebrauch des Abtretungsempfängers.[12])

Weil bei der Ermächtigung im Grunde genommen keine Abtretung vorliegt, ist Lehmann's weiteres Argument nicht stichhaltig, weil sich der Schuldner schon eine Vollzession gefallen lassen müsse, dann erst recht eine beschränkte Zession. Dazu kommt, daß die Vollzession im Gesetze eine genaue Regelung gefunden hat, bei der namentlich die Interessen des Schuldners weitgehend berücksichtigt sind, vgl. §§ 407 ff BGB.[13])

Lehmann's Argument a maiore ad minus verliert aber vollkommen seinen Sinn, wenn man die beschränkte Zession da anwendet, wo eine Vollzession nicht möglich ist, so wenn Lehmann die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs als beschränkte Zession behandelt.[14])

Auch die Annahme, in der Ermächtigung liege eine Anweisung an den Schuldner zur Leistung an den Ermächtigten, kann nicht hinreichen, eine Verpflichtung des Schuldners dem Ermächtigten gegenüber entstehen zu lassen. Gleichgültig, ob man von Anweisung oder von Auftrag spricht, durch einen einseitigen Akt dieser Art wird nach bürgerlichem Recht nie eine Verpflichtung begründet. In Fällen, in denen eine Vollzession möglich ist, kann auch Lehmann's Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung der Zession nicht dazu führen, eine Verpflichtung des Schuldners dem Ermächtigten gegenüber anzuerkennen. Eine Zession mit schwächerer Wirkung war nur solange anerkannt,

[10]) (Planck)-Siber § 398 1b S. 552.
[11]) Siebert S. 270.
[12]) (Planck)-Strecker S. 239.
[13]) Goldmann Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 498.
[14]) (Enneccerus)-Lehmann S. 300.

als sich der Gedanke der vollkommenen Rechtsnachfolge in die Forderung noch nicht durchgesetzt hatte. Es waren aber nicht zu gleicher Zeit Zessionen mit verschiedenem Wirkungsgrad bekannt.

Lehmann's vergebliche Versuche, aus schuldrechtlichen Gesichtspunkten die Verpflichtung des Schuldners herzuleiten, an den Ermächtigten zu leisten, haben gezeigt, daß sich die Ermächtigung mit der Wirkung, die ihr von Rechtslehre und Rechtssprechung beigelegt wird, aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ohne weiteres entnehmen läßt. Tatsächlich geht die Ermächtigung in ihrer Wirkung über die Einwilligung nach § 185 I hinaus, die Ermächtigung ist eben eine Rechtseinrichtung eigener Art.

Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage besteht für die Ermächtigung nicht, es ist vielmehr so, wie es das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 117 S. 72 vorsichtig formuliert: „§ 185 I bezieht sich zwar nur auf die Wirkung des Handelns eines Nichtberechtigten, wenn darin von der Rechtslehre vielfach eine Uebertragung der Rechtsausübung erblickt wird, so ist das ein Zeichen dafür, daß die Rechtsentwicklung dazu drängt, eine derartige Uebertragung anzuerkennen."

Aus dieser Ueberlegung heraus läßt das Reichsgericht die Ermächtigung zur Geltendmachung eines Anspruchs zu, wobei weniger das Drängen der Rechtsentwicklung ausschlaggebend gewesen sein dürfte, als eben das praktische Bedürfnis, das eine derartige Einziehungsermächtigung fordert.

Das Reichsgericht läßt die Einziehungsermächtigung ferner nur mit der Einschränkung zu, daß der Ermächtigte ein eigenes rechtliches Interesse an der Geltendmachung der fremden Forderung haben müsse.[15]) Diese Einschränkung ist gerade bei dem praktischen Gebrauch von großer Wichtigkeit, denn sie ermöglicht es, praktische Mängel der Ermächtigung zu vermeiden, Mängel, die vor allem bei der Prozeßführungsermächtigung zu Tage treten, insofern als hier durch eine Ermächtigung die Stellung des Prozeßgegners ohne eigene Gefahr verschlechtert werden kann.[16]) Der Ermächtigte führt den Rechtsstreit im eigenen Namen, die Ermächtigung hat also eine Verschiebung der Parteirolle zur Folge.

Gegenüber der Möglichkeit, daß der Gläubiger von der Ermächtigung und der damit verbundenen Verschiebung der Parteirolle einen willkürlichen Gebrauch macht, kann der Schuldner nur durch die strenge Prüfung des eigenen Interesses des Ermächtigten an der Geltendmachung der fremden Forderung geschützt werden. Und nur wenn der Schuldner durch eine

[15]) RG Bd. 91 S. 396.
[16]) Hellwig Gruch. Beitr. Bd. 55 S. 611. — Goldmann Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 496. — Leonhard S. 678.

strenge Prüfung des eigenen Interesses des Ermächtigten vor einem willkürlichen Gebrauch der Ermächtigung durch den Gläubiger bewahrt ist, ist man berechtigt zu sagen, der Schuldner sei nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Ermächtigten zu leisten, denn die Leistung an den Ermächtigten wie auch das Vorgehen des Ermächtigten gegen den Schuldner enthält dann keine Benachteiligung des Schuldners.[17])

Zusammenfassend kann man bemerken, daß sich bei der Einziehungsermächtigung ähnliche Schwierigkeiten ergeben wie bei der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs. In beiden Fällen stehen dogmatische Schwierigkeiten der praktischen Gestaltung sowohl der Ermächtigung wie der Abtretung des dinglichen Anspruchs entgegen. Beide Male, bei der Abtretung des dinglichen Anspruchs wie bei der Ermächtigung waren die begrifflichen Bedenken nicht ausschlaggebend, und wenn wir die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs der Ermächtigung zur Geltendmachung dieses Anspruchs vorziehen, so liegt der Grund dafür in den Vorzügen, die eine Abtretung des dinglichen Anspruchs gegenüber der Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs gewährt.[18])

§ 8.

Außer der Abtretung des Eigentümeranspruchs auf Herausgabe einer Sache wird eine Abtretung dinglicher Herausgabeansprüche kaum vorkommen.

Denkbar, aber sehr unwahrscheinlich ist der Fall, daß der Nießbraucher einer Sache, der den Nießbrauch einem anderen zur Ausübung überlassen hat, diesem zur Verschaffung der Sache den dinglichen Herausgabeanspruch abtritt. Die Abtretung des Nießbrauchanspruchs bereitet keine Schwierigkeiten, gemäß § 1065 BGB. finden auf den Herausgabeanspruch des Nießbrauchers die Vorschriften über den Eigentümeranspruch entsprechende Anwendung, man wird daher auch die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs des Nießbrauchers ebenso für zulässig halten können, wie die Abtretbarkeit des Eigentümeranspruchs.

Auch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs des Pfandgläubigers wird kaum praktisch werden, da die selbständige Abtretung des Herausgabeanspruchs allein den Zweck verfolgt, dem Zessionar den Besitz der Sache zu verschaffen. Der Pfandgläubiger darf aber den Pfandgegenstand nur in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise verwerten, durch Pfandverkauf nach Maßgabe der §§ 1228 ff. BGB. eine Verwertung durch Besitzüberlassung ist dem Gläubiger nicht gestattet.

[17]) Siebert S. 272.
[18]) Siebert S. 307. Der Nachteil der konkurrierenden Rechtszuständigkeit des Machtgebers bei der Ermächtigung wird auch von Siebert zugegeben.

Von wirklicher praktischer Bedeutung für den Rechtsverkehr ist die Abtretung des Berichtigungsanspruchs aus § 894 BGB. Dementsprechend beschäftigen sich eine Reihe von Entscheidungen der oberen Gerichte mit der Frage der Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs, auch die Rechtslehre hat in einer großen Zahl eingehender Erörterungen zu der Frage Stellung genommen.

Der Berichtigungsanspruch ist seiner Rechtsnatur nach dem dinglichen Herausgabeanspruch gleich, er ist wie dieser ein dinglicher Anspruch[1]) und als solcher darauf gerichtet, den dem dinglichen Recht entsprechenden Zustand wieder herzustellen. Diese Aufgabe erfüllt der Berichtigungsanspruch, indem er von dem Berichtigungsschuldner Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches durch Eintragung des wahren Berechtigten fordert und damit dem dinglichen Recht die ihm zukommende Buchstellung verschafft.

Die Uebereinstimmung in der Rechtsnatur mit dem dinglichen Herausgabeanspruch läßt für uns, die wir die selbständige Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs bejaht haben, die Frage entstehen: Ist der Berichtigungsanspruch in gleicher Weise abtretbar, wie der Herausgabeanspruch, kann also der Zessionar des Berichtigungsanspruchs Zustimmung zur Eintragung seines Namens in das Grundbuch verlangen, wie der Zessionar des Herausgabeanspruchs Herausgabe der Sache an sich verlangen konnte?

Die Frage hat nur bei wenigen eine zustimmende Beantwortung erfahren, die vorherrschende Ansicht lehnt eine Zession des Berichtigungsanspruchs, die den Zessionar berechtigt, Eintragung seines Namens zu verlangen, mit guten Gründen ab. Im einzelnen werden zu der Abtretung des Berichtigungsanspruchs folgende Ansichten vertreten:

1. Der Berichtigungsanspruch ist in der Weise abtretbar, daß der Zessionar in allen Fällen seine Eintragung in das Grundbuch verlangen kann.[2])

2. Die Abtretung des Berichtigungsanspruchs gibt dem Zessionar das Recht, seine Eintragung in das Grundbuch dann zu verlangen, wenn er mit der Eintragung zugleich das dingliche Recht erlangt, in den übrigen Fällen erhält der Zessionar nur die Befugnis, Eintragung des Zedenten zu verlangen.[3])

3. Der Berichtigungsanspruch ist abtretbar, die Abtretung verleiht dem Zessionar immer nur das Recht, Eintragung des Zedenten zu verlangen.[4])

[1]) CoRGR, 3. Bd., S. 239.
[2]) Heck, Sachenrecht, S. 170, 495.
[3]) Goldmann, Gruch. Beitr. 62, S. 511.
[4]) Rosenberg, S. 462. — Oberneck, 1. Bd., S. 424. — O. v. Gierke, 2. Bd., S. 343. — Oertmann, Komm. § 398, 2. Bd., S. 440. — Arnheim, S. 313. — RG Recht 06, S. 236. — OLG Rspr. 10 S. 388.

4. Der Berichtigungsanspruch ist nicht abtretbar, der dinglich Berechtigte kann aber einen anderen zur Geltendmachung seines Anspruchs ermächtigen, der Ermächtigte wird dadurch in die Lage versetzt, Eintragung des Berechtigten zu verlangen.[5]) Statt der Ermächtigung zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs wollen andere eine unwiderrufliche Vollmacht zulassen.

5. Die vorige Ansicht wird von Wolff mit der Abweichung vertreten, daß der Ermächtigte seine Eintragung in das Grundbuch fordern kann, wenn damit das Grundbuch richtig wird.[6])

Die beiden zuerst genannten Auffassungen sind von ihren Verfassern auf das praktische Bedürfnis gestützt worden, das eine Zession zur Selbsteintragung des Zessionars fordere. Dabei will Heck mit der Abtretung des Berichtigungsanspruches ein Ersatzmittel für die Uebereignung von Grundstücken schaffen, für den Fall, daß der veräußernde Eigentümer nicht im Grundbuch eingetragen ist.[7]) Nach Hecks Auffassung soll es sogar möglich sein, daß der Zessionar Eintragung in das Grundbuch verlangen kann, ohne, daß sich zuvor die Parteien über den Rechtsübergang geeinigt haben.

Das würde dazu führen, daß der Zessionar Eintragung in das Grundbuch fände, ohne wirklich Berechtigter zu sein. Die Abtretung des Berichtigungsanspruchs würde eine Unrichtigkeit des Grundbuchs durch eine neue Unrichtigkeit ersetzen.

Das kann ebensowenig richtig sein, wie eine Abtretung, die zur Folge hat, daß der Zessionar mit der Eintragung das dingliche Recht erwirbt. In beiden Fällen wird durch die Abtretung der Inhalt des Berichtigungsanspruchs völlig verändert.

Der Berichtigungsschuldner erteilt seine Zustimmung nicht zur Berichtigung des Grundbuchs, sondern zu einer Rechtsänderung.

Denn Berichtigung des Grundbuchs heißt nicht Richtigstellung des Grundbuchs als solche, sondern Richtigstellung des Grundbuchs durch Eintragung des zur Zeit wahren Berechtigten.[8])

Der Inhaltsveränderung, die der Berichtigungsanspruch durch eine Abtretung zur Selbsteintragung des Zessionars erleidet, legen Heck und Goldmann kein Gewicht bei, weil sie

[5]) Biermann, § 894, S. 127. — CoRGR, 3. Bd., S. 160. — (Staudinger)-Kober § 894 S. 259. — (Planck)-Strecker, S. 239. — Turnau-Förster, 1. Bd., S. 294. — Meikel-Imhof, 1. Bd., S. 313. — Endemann, 2. Bd., S. 385. — Volmer, Gruch. Beitr. 59, S. 643. — Mende, Dogm. Jahrb. 70, S. 154. — Du Chesne, Ztrbl. frw. Gerbkt. 13, S. 143. — Kretzschmar, Recht 03, S. 330. — RG 53 S. 408, 59 S. 293, 78 S. 87, 64 S. 168, 112 S. 265. 133 S. 283. — (Planck)-Siber, § 398 S. 552. — Mayer, Gruch. Beitr. 56, S. 289. — v. Tuhr, Unwiderr. Vollm. S. 85.

[6]) Wolff, § 46 VI, S. 138.

[7]) Heck S. 496.

[8]) a. A. Wolff, S. 138.

die Interessen des Berichtigungsschuldners nicht beeinträchtige. § 399 BGB. könne daher gegen die Abtretung nicht herangezogen werden.[9])

Es ist richtig, daß es dem Berichtigungsschuldner im allgemeinen gleichgültig sein wird, ob er Zustimmung zur Eintragung des A oder des B erteilt. Nicht die Rücksichtnahme auf die Stellung des Berichtigungsschuldners verbietet eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs, die zu einer Rechtsänderung führt; eine Abtretung mit dieser Wirkung würde vielmehr gegen den offensichtlichen Sinn der Einrichtung des Grundbuchs verstoßen.

Das Grundbuch dient der Bestimmung, auf einer sicheren Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten, es soll Irrtümern der Beteiligten über die an dem Grundstück bestehenden Rechte vorbeugen.[10]) Deshalb müssen die rechtlichen Beziehungen eines Grundstücks festgestellt und erkennbar gemacht werden.

Dieser Zweck des Grundbuches hat in den leitenden Grundsätzen des Liegenschaftsrechts sowie an einzelnen Stellen des Gesetzes selbst deutlichen Ausdruck gefunden, vgl. §§ 873 II, 925, 1115 BGB., 5, 6, 16, 18, 29, 40 GBO.

Mit dem Zweck des Grundbuchs, für ein Grundstück bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen und diese nach außen erkennbar zu machen, läßt sich eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs, die einem Unberechtigten zur Eintragung in das Grundbuch verhilft, nicht vereinen. Aber auch dann, wenn die Eintragung des Zessionars das Grundbuch nicht unrichtig macht, verstößt sie gegen das geltende Recht.

Der Zweckbestimmung des Grundbuchs entspricht es, daß es die Rechte am Grundstück nicht nur richtig, sondern auch vollständig nachweist. Dabei gehört zur Vollständigkeit des Grundbuchs, daß es nicht allein die gegenwärtige tatsächliche Rechtslage des Grundstücks vollständig wiedergibt, sondern auch, daß die verschiedenen Rechtsänderungen am Grundstück aus dem Grundbuch erkennbar sind. Die Vollständigkeit der Eintragungen in dieser Beziehung zu sichern ist die Aufgabe des § 40 GBO.[11])

§ 40 GBO. gestattet eine Eintragung in das Grundbuch erst, wenn der durch die Eintragung Betroffene als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Eine Abtretung des Berichtigungsanspruches, die zur Eintragung des Zessionars in das Grundbuch führt, verletzt § 40, weil sie die Voreintragung des wahren berechtigten Zedenten übergeht.

Die Voreintragung des Zedenten wird hier von einigen Schriftstellern für überflüssig gehalten, weil der Zedent durch

[9]) Heck S 170. — Goldmann S. 510. — Dagegen: (Planck)-Strecker, S. 240.
[10]) Motive. 3. Bd., S. 161. — Rosenberg, S. 162. — RG 61, S. 377.
[11]) Motive, 3. Bd., S. 234. — RG 133, S. 283.

die anschließende Eintragung des Zessionars sofort wieder aus dem Grundbuch verschwinden würde, eine analoge Anwendung des § 41 I GBO. soll deshalb dazu führen, die sofortige Eintragung des Zessionars zu ermöglichen.[12])

Eine analoge Anwendung des § 41 I GBO. muß hier jedoch bedenklich erscheinen angesichts der Tatsache, daß § 40 der Sicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit und damit einem allgemeinen Interesse dient.

Dem Allgemeininteresse an der Vollständigkeit des Grundbuchs hat das Einzelinteresse des Zessionars an seiner sofortigen Eintragung zu weichen. Daß § 41 I nur für einen Einzelfall eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 40 schaffen will, folgt auch aus der Wortfassung des § 41 GBO. Das Gesetz beschränkt die Ausnahme ausdrücklich auf den Erben, es hätte sich zweifellos eines allgemeineren Wortlautes bedient, wenn es die Ausnahme des § 41 GBO. auf alle ähnlichen Fälle auszudehnen beabsichtigt hätte. Von diesem Standpunkt aus ist jede Abtretung des Berichtigungsanspruchs, die zur unmittelbaren Eintragung des Zessionars führen soll, als gesetzwidrig abzulehnen.

Die gleiche Ablehnung muß die Ansicht Martin Wolff's erfahren, die auch zu einer Uebergehung der Voreintragung führt für den Fall, daß durch die Eintragung des zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs Ermächtigten das Grundbuch richtig wird.[13])

Die übrigen Auffassungen zur Abtretung des Berichtigungsanspruchs sind sich darin einig, daß der Zessionar in allen Fällen nur die Eintragung des Zedenten bzw. des Ermächtigenden zu fordern berechtigt ist.

Der Unterschied zwischen den verschiedenen Ansichten besteht im wesentlichen darin, daß die einen ein Abtretung des Berichtigungsanspruchs zulassen, während die anderen nur eine Ermächtigung oder eine unwiderrufliche Vollmacht zur Geltendmachung des Anspruchs für möglich halten.

Während bei dem dinglichen Herausgabeanspruch der Unterschied zwischen Abtretung und Ermächtigung für die Stellung des Abtretungs-Empfängers bzw. Ermächtigten von großer praktischer Bedeutung war, ist es bei dem Berichtigungsanspruch praktisch fast gleichgültig, ob man eine Ermächtigung oder eine Abtretung zuläßt. Da der Berichtigungsanspruch in allen Fällen nur in der Person des Berechtigten erfüllt werden kann, so ist es für einen „Zessionar" unwesentlich, ob er sich allein um die Erfüllung des Berichtigungsanspruchs bemühen kann oder ob neben ihm der „Zedent" gleichzeitig zur Erreichung desselben Zieles tätig werden kann. Daher genügt hier bereits die Ermächtigung zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs allen praktischen Anforderungen, zumal die Frage der selbstän-

[12]) Wolff, S. 138, Anm. 25. — Predari, Gruch. Beitr. 62, S. 552.
[13]) M. Wolff, S. 138.

digen Verpflichtung des Berichtigungsschuldners gegenüber dem Ermächtigten für diesen Fall von dem Reichsgericht in ständiger Rechtssprechung bejaht worden ist, so daß man fast von einer Gewohnheitsrechts-Bildung zu sprechen berechtigt ist.[14])

Zu Unrecht hat Goldmann hiergegen die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 62 S. 322 ff. angeführt. In dieser Entscheidung handelt es sich nicht um eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs, sondern um die Frage des Eigentumsüberganges an einer unrichtig gebuchten Parzelle. Das Reichsgericht hat den Eigentumsübergang bejaht, das Eigentum gab dem Erwerber die Legitimation, Berichtigung des Grundbuchs auf seinen Namen zu verlangen.[15])

Dazu kommt, daß sich bei dem Berichtigungsanspruch der Nachweis der Abtretbarkeit nicht mit der Sicherheit führen läßt, wie dies bei dem dinglichen Herausgabeanspruch möglich war.

Zwar steht die Rechtsnatur des Berichtigungsanspruchs als eines dinglichen Anspruchs einer Abtretung des Berichtigungsanspruchs nicht entgegen, wie wir bei dem dinglichen Herausgabeanspruch gesehen haben, auch der Umstand, daß der Zessionar nur Leistung an den Zedenten verlangen kann, schließt eine Abtretung nicht aus,[16]) es fehlen aber die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften, die von einer Abtretung des Berichtigungsanspruchs reden und die uns berechtigen, entgegen allen begrifflichen Schwierigkeiten eine Abtretung des dinglichen Berichtigungsanspruchs nach Bürgerlichem Recht für zulässig zu halten.

Auch für den Einfluß auf die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs kann der Frage, ob der Anspruch abtretbar oder nicht abtretbar sei, keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Denn auch bei denen, die eine Pfändung des Berichtigungsanspruchs aus begrifflichen Gründen nicht zulassen wollen, besteht Einigkeit darüber, daß die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs praktisch unerläßlich sei, ganz gleichgültig, aus welcher rechtlichen Vorschrift die Pfändbarkeit hergeleitet werden könne.[17])

Wenn daher einmal § 851 II ZPO., das andere Mal § 857 III ZPO. zur Begründung der Pfändung herangezogen wird, so muß man sich klar sein, daß beide Vorschriften genau genommen hierzu nicht passen, daß ihre Heranziehung zur Begründung der Pfändbarkeit eine Notlösung darstellt, die sich nur mit dem praktischen Bedürfnis entschuldigen läßt.

§ 851 II läßt sich deshalb nicht analog anwenden, weil die Leistung des Berichtigungsschuldners — die Zustimmung zur Eintragung kein pfändbarer Gegenstand ist. Es geht nicht an,

[14]) a. A. Goldmann aaO. S. 500.
[15]) RG 112, S, 265.
[16]) Rosenberg S. 463. — Krückmann, Ztrbl. frw. Gbkt. 15, S. 378.
[17]) (Planck)-Strecker, S. 240. — Mende, Dogm. Jahrb. 70, S. 180.

aus dieser Zustimmung zur Berichtigung eine Art Herausgabe der Buchstellung zu machen und dies als pfändbare Leistung hinzustellen.[18])

Auch eine Anwendung des § 857 III stößt auf Schwierigkeiten. Voraussetzung für eine auch nur entsprechende Anwendung ist, daß es sich um ein Recht handelt, nicht etwa um eine bloße Befugnis, außerdem muß dieses Recht ein pfändbares Vermögensrecht sein.[19]) All das trifft nach Ansicht der Gegner der Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs für den Berichtigangsanspruch nicht zu. Der Berichtigungsanspruch wird von ihnen nicht als ein selbständiges Recht, sondern nur als eine aus dem Eigentum fließende Befugnis angesehen,[20]). es wird im allgemeinen auch bestritten, daß der Berichtigungsanspruch ein Vermögensrecht darstelle. Eine Pfändung des Berichtigungsanspruchs muß daher nach dieser Auffassung auf eine Pfändung des dinglichen Rechts hinauslaufen, dem der Berichtigungsanspruch entsprungen ist. Dieses dingliche Recht wird in den meisten Fällen wiederum ein veräußerliches Recht sein, so daß aus diesem Grunde § 857 III ZPO. zur Pfändung nicht verwandt werden kann.

Wenn trotzdem in Rechtsprechung und Rechtslehre von den §§ 851 II und 857 III ZPO. für die Pfändung des Berichtigungsanspruchs Gebrauch gemacht wird, so kann das eben nur mit dem praktischen Bedürfnis nach der Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs begründet werden.[21])

Aus alledem ist ersichtlich, daß der Unterschied zwischen Abtretung und Ermächtigung für den Berichtigungsanspruch heute keine Bedeutung mehr hat, da sowohl für die Abtretung wie für die Pfändung des Berichtigungsanspruchs insbesondere durch die Rechtsprechung der oberen Gerichte Lösungen gefunden worden sind, die es in einer den Anforderungen des Rechtsverkehrs entsprechenden Weise ermöglichen, den Berichtigungsanspruch durch einen anderen geltend zu machen.

§ 9.

Die Frage der Abtretbarkeit dinglicher Ansprüche ist neuerdings von Heck nach der Methode der Interessenjurisprudenz gelöst worden.[1])

[18]) v. Tuhr, Unwiderr. Vollm., S. 85. — Schopper, Recht 08, S. 76. — Mayer, Gruch. Beitr. 56, S. 289.
[19]) Stein-Jonas, ZPO, 2. Bd., S. 816.
[20]) Mende aaO. S. 154. — CoRGR, 3. Bd., S. 160. OLG Rspr. 31, S. 138.
[21]) Volmer, Gruch. Beitr. 59, S. 639. — Mende aaO., S. 180. — (Planck)-Strecker S. 240. — Biermann, § 894, S. 128. — Stein-Jonas, 2. Bd., S. 827. — OLG Rspr. 14, S. 185, 31 S. 138. OLG Dresden, Ztschr. f. Dtsch. Ziv. Pr. 33, S. 85. — Hoffmann, Ztrlbl. frw. Grbkt. 2, S. 642.

[1]) Heck, Sachenrecht, S. 170, 493 ff.

Heck geht von der Auffassung aus, daß der Eigentümer mit der Abtretung dinglicher Ansprüche in der Regel eine Uebertragung von Eigentümerinteressen beabsichtige. Dementsprechend unterscheidet Heck eine Totalzession, eine Zession, welche die gesamten Eigentümerinteressen auf den Zessionar überträgt, und eine beschränkte Zession, die nur einzelne Eigentümerinteressen übergehen läßt. Die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs kommt nur als beschränkte Zession vor, Hauptfall der Totalzession soll die Abtretung des Berichtigungsanspruchs sein.

An dieser Betrachtungsweise ist soviel richtig, daß die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, soweit er auf eine bewegliche Sache geht, in der Regel zum Zwecke der Eigentumsübertragung vorgenommen werden wird.

Neuartig ist die Auffassung Hecks, soweit sie auch die Abtretung des Berichtigungsanspruchs in erster Linie zur Uebertragung von Eigentümerinteressen, also als Hilfsmittel zur Rechtsübertragung verwenden will.

Wie man vor Inkrafttreten des BGB. bereits mit der Abtretung des Eigentümerherausgabeanspruchs eine dem § 931 BGB. nahekommende Wirkung zu erreichen suchte, so will jetzt Heck dem nichteingetragenen Grundstückseigentümer einen Ersatz für die augenblicklich unmögliche Eigentumsübertragung verschaffen.

Die Zulässigkeit der Totalzession nachzuweisen, ist Hecks besonderes Bemühen, vor allem soll uns eine Abwägung der Lebensinteressen die Notwendigkeit der Totalzession vor Augen führen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs, die den Zessionar seine eigene Eintragung ins Grundbuch zu fordern berechtigt — nur eine derartige Zession kann Totalzession sein — mit dem geltenden Liegenschaftsrecht nicht in Einklang gebracht werden kann.

Wird nun die zulässige Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs und die unzulässige Abtretung des Berichtigungsanspruchs auf einen Nenner gebracht, so müssen sich natürlich Unrichtigkeiten und Unklarheiten einstellen, daran kann auch ein Vorgehen nach der Methode Hecks nichts ändern.

Alles was Heck zur Verteidigung seiner Lehre vorbringt, ist daher richtig und beifallswert, solange man es nur auf den dinglichen Herausgabeanspruch bezieht. Namentlich ist vorher noch nie mit dieser Klarheit hervorgehoben worden, daß das Verwertungsinteresse des Gläubigers die Abtretbarkeit des Herausgabeanspruchs fordert, da eine feste Stellung des Zessionars Voraussetzung für diese Art der Sachverwertung ist.

Auch die Prüfung der Frage, wie der Gesetzgeber die Interessenlage geregelt habe, „die historische Interessenforschung“ [2]),

[2]) Heck, Schuldrecht, S. 472, 473. — Arch. civ. Pr. 112, S. 59.

kann zum mindesten an den von Heck angeführten Stellen nur die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs ergeben.

Denn sowohl in den §§ 931, 255 BGB., wie in den Motiven, 3. Bd. S. 399 ff. ist immer nur von dem dinglichen Herausgabeanspruch, niemals allgemein von dem dinglichen Anspruch die Rede.

Bei der Totalzession bestehen eine Reihe von Unklarheiten. Es ist zunächst nicht klar, wann überhaupt eine Totalzession vorliegt; ist hierzu eine Abtretung des gegenwärtigen Berichtigungsanspruchs hinreichend, oder ist eine Abtretung des jetzigen und aller künftigen Berichtigungsansprüche erforderlich, oder muß der Eigentümer sogar Berichtigungsanspruch und Herausgabeanspruch zusammen abtreten?

Der Ausdruck „Totalzession" darf ferner nicht zu der Annahme verleiten, als ob der Zessionar hier dem Zedenten gegenüber unabhängiger gestellt sei, als bei der beschränkten Zession. In beiden Fällen hat der Zessionar das dingliche Recht noch nicht erlangt, er bleibt daher als Anspruchsinhaber immer noch in gewissen Beziehungen vom Eigentümer abhängig, gleichgültig ob Total- oder beschränkte Zession vorliegt. Vor allem muß auch bei der Totalzession der abgetretene Anspruch untergehen, wenn der Schuldner an den Eigentümer leistet.

Von ausschlaggebender Bedeutung für unsere Ablehnung der Totalzession ist der Umstand, daß Heck die Interessenlage bei der Abtretung des Berichtigungsanspruchs nicht genau genug geprüft hat.

Heck bezeichnet selbst als Endziel der richterlichen Rechtsgewinnung die Wahrung der Gegenwartsinteressen. Voraussetzung für die Erreichung dieses Ziels ist nach Hecks Anschauung die Erkenntnis derjenigen Interessen, deren Forderung bereits in Gesetzesform hervorgetreten ist.[3]) Diese Interessen, die Heck auch „legislative Interessen" nennt, hat er bei seiner Betrachtung der Interessenlage vernachlässigt.

Daß im Liegenschaftsrecht das Streben besteht, das Grundbuch in dauernder Uebereinstimmung mit der wahren Rechtslage zu halten, ergibt sich so klar aus den Gesetzesvorschriften selbst, daß es nicht angeht, diese Willensrichtung des Gesetzes außer Acht zu lassen. Wenn das Gesetz die Richtigkeit des Grundbuchs über die Beweglichkeit der Rechtsänderung an eingetragenen Rechten stellt, so bringt es damit zum Ausdruck, daß es die im allgemeinen Interesse liegende Richtigkeit des Grundbuchs der im Interesse des einzelnen liegenden Beweglichkeit der Rechtsübertragung ihrer Bedeutung entsprechend überordnet.

Diese hier im Gesetz enthaltene Rangordnung der beiden vorgenannten gesetzgeberischen Ziele darf gerade eine Methode nicht außer Acht lassen, die es sich zur Aufgabe macht, dieje-

[3]) Heck, Arch. civ. Pr. 112, S. 65.

nigen Gemeinschaftsinteressen zu schützen, deren Wahrung dem Gesetzgeber vorschwebte,[4]) vor allem wenn sie mit einer dartigen Klarheit erkennbar sind, wie dies bei den Vorschriften des Grundstücksrechts der Fall ist.

Wenn wir Hecks Lehre ablehnen, soweit sie in der Abtretung des Berichtigungsanspruches eine Totalzession der Eigentümerinteressen erblickt, so liegt der Grund für die Ablehnung nicht darin, daß wir mit Hecks Methode der Interessenprüfung nicht einverstanden sind; im Gegenteil muß gerade eine genaue Beachtung der Methode Hecks zu dem gleichen Ergebnis führen, zu dem wir oben gelangt sind.

[4]) Heck aaO. S. 59.

Inhalt:

§ 1:	Stand der Streitfrage im Gemeinen und Bürgerlichen Recht	Seite 1
§ 2:	Die Entstehung des dinglichen Herausgabeanspruchs. — Wirkung der Abtretung nach der älteren Lehre	„ 4
§ 3:	Begriffliche Bedenken gegen die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs	„ 7
§ 4:	Die Bedeutung der §§ 931, 1032, 934, 255 BGB. 265 ZPO. für die Streitfrage.	„ 14
§ 5:	Praktische Erwägungen zu der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs	„ 23
§ 6:	Einzelwirkungen der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruch	„ 30
§ 7:	Die Ermächtigung zur Geltendmachung des dinglichen Herausgabeanspruchs	„ 33
§ 8:	Die Abtretung des Grundbuchberichtigungsanspruchs	„ 39
§ 9:	Die Lehre Hecks von der Abtretung dinglicher Ansprüche.	„ 45

Lebenslauf.

Ich wurde am 30. Juli 1909 in Berlin-Zehlendorf geboren als Sohn des damaligen Ministerialdirektors Dr. Otto Gleim und dessen Frau Adelheid geb. Krause. In Berlin-Lichterfelde besuchte ich die Vorschule des Schillergymnasiums und die ersten drei Gymnasialklassen dieser Anstalt. Die folgenden vier Schuljahre besuchte ich das Progymnasium in Pasing bei München, um die letzten beiden Jahre am Theresiengymnasium zu München zu verbringen und dort im Jahre 1927 die Reifeprüfung zu bestehen.

Das Studium der Rechtswissenschaft begann ich in München, nach dem ersten Semester besuchte ich drei Semester die Universität zu Freiburg i. Br., wo ich vor allem Vorlesungen über Bürgerliches Recht und Handelsrecht hörte und auch an Uebungen über diese Rechtsgebiete teilnahm. Weitere vier Semester war ich an der Universität in Berlin, das letzte Semester wieder an der Universität in München, wo ich im Herbst 1931 die Universitätsschlußprüfung bestand.

Anschließend begann ich am 1. Dezember 1931 mit der praktischen Tätigkeit am Amtsgericht in München. Später war ich am Landgericht München I und bei dem Stadtrat in München praktisch tätig. Am 15. September 1933 bin ich aus dem staatlichen Vorbereitungsdienst ausgeschieden und habe mich seitdem vor allem mit der Abfassung meiner Dissertation beschäftigt.